



Paulo Nader

Filosofia do Direito





Filosofia do Direito



O GEN | Grupo Editorial Nacional – maior plataforma editorial brasileira no segmento científico, técnico e profissional – publica conteúdos nas áreas de concursos, ciências jurídicas, humanas, exatas, da saúde e sociais aplicadas, além de prover serviços direcionados à educação continuada.

As editoras que integram o GEN, das mais respeitadas no mercado editorial, construíram catálogos inigualáveis, com obras decisivas para a formação acadêmica e o aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e estudantes, tendo se tornado sinônimo de qualidade e seriedade.

A missão do GEN e dos núcleos de conteúdo que o compõem é prover a melhor informação científica e distribuí-la de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade e dão sustentabilidade ao crescimento contínuo e à rentabilidade do grupo.

Paulo Nader

Filosofia do Direito

25ª edição

Revista e atualizada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2018 by

EDITORIA FORENSE LTDA

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Danilo Oliveira

- Produção digital: Ozone

- Fechamento desta edição: 13.11.2017

- CIP – BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE.
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ.

N13f

Nader, Paulo

Filosofia do direito / Paulo Nader. - 25. ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN 978-85-309-7831-0

1. Direito - Filosofia. 2. Ética jurídica. I. Título.

17-45974

CDU: 340.12

À memória de *Pedro Antônio Nader* e *Luíza Moysés Nader*,
meus saudosos e sempre queridos pais.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Apresentação da Obra à Época do Lançamento da 1ª Edição

Nota do Autor

Primeira Parte

ESTUDO EPISTEMOLÓGICO DA FILOSOFIA DO DIREITO

Capítulo 1 – NOÇÃO E OBJETO DA FILOSOFIA DO DIREITO

1. Considerações prévias
2. Graus do conhecimento
 - 2.1. Conhecimento vulgar
 - 2.2. Conhecimento científico
 - 2.3. Conhecimento filosófico
3. Conceito de Filosofia
 - 3.1. Definição etimológica e semântica
 - 3.2. As especializações jurídicas e o fenômeno de desprendimento de matéria
 - 3.3. Concepção atual da Filosofia
 - 3.4. Filosofia Especulativa
 - 3.4.1. Possibilidade do conhecimento
 - 3.4.2. Origem do conhecimento
 - 3.4.3. Essência do conhecimento
 - 3.5. Filosofia Prática
4. A Filosofia do Direito
 - 4.1. Noção
 - 4.2. Elementos
 - 4.2.1. Método
 - 4.2.2. Objeto
 - 4.2.3. Teleologia
 - 4.2.4. A visão dos filósofos e dos juristas-filósofos
 - 4.3. Utilidade

Capítulo 2 – O MÉTODO NA FILOSOFIA DO DIREITO

5. Critérios metodológicos
6. Métodos discursivos e métodos intuitivos
 - 6.1. Métodos discursivos
 - 6.1.1. Método dedutivo
 - 6.1.2. Método indutivo
 - 6.2. Métodos intuitivos
7. Métodos e Teoria do Conhecimento

8. Métodos na Filosofia do Direito
 - 8.1. Considerações gerais
 - 8.2. A *deductio juris* na Filosofia do Direito
 - 8.3. O método indutivo na Filosofia do Direito
 - 8.4. O método intuitivo na Filosofia do Direito
9. Crítica à influência da Lógica Formal no Direito
10. Conclusão

Capítulo 3 – FILOSOFIA DO DIREITO E CONEXÕES COM CIÊNCIAS AFINS

11. A conexão como peculiaridade da Filosofia do Direito
12. Conexões primárias da Filosofia do Direito
 - 12.1. Nexos com a Filosofia Geral
 - 12.2. Nexos com a Ciência do Direito
 - 12.3. Nexos com a Psicologia
 - 12.4. Nexos com a Moral
 - 12.5. Nexos com a Lógica
 - 12.6. Nexos com a Sociologia e Sociologia do Direito
 - 12.7. Nexos com a Teoria Geral do Direito
13. Outras conexões
14. Conclusões

Segunda Parte

O DIREITO E SEUS ATRIBUTOS DE VALIDEZ

Capítulo 4 – CONCEITO DO DIREITO

15. Aspectos gerais
16. Direito e adaptação social
17. Cultura e natureza do Direito
18. A definição do Direito. O Direito subjetivo
19. Ordem jurídica
 - 19.1. Noção geral
 - 19.2. Coerência do ordenamento e normas antinômicas
 - 19.3. Espécies de contradições jurídicas
20. Direito, Moral e Regras de Trato Social
21. A ideia do Direito Natural como divisor de correntes

Capítulo 5 – DIMENSÃO AXIOLÓGICA DO DIREITO

22. A noção de valor
23. Valor e ontologia
24. Direito e valor
25. Classificação dos valores jurídicos

Capítulo 6 – JUSTIÇA E SEGURANÇA JURÍDICA

26. Considerações prévias
27. Acepções do vocábulo Justiça
28. Justiça, Direito e Moral
29. Justiça e Religião
30. Noção e espécies de Justiça como valor jurídico
31. Regras de Trato Social como prática do justo
32. O princípio da dignidade da pessoa humana
33. Equidade
34. John Rawls e a Justiça equitativa
35. Segurança jurídica
 - 35.1. Noção e importância da segurança em geral
 - 35.2. Noção de segurança jurídica
 - 35.3. Princípios ligados à Política
 - 35.4. Princípios específicos
 - 35.5. Garantismo processual e ativismo judicial
36. Concepção humanista do Direito

Capítulo 7 – DIREITO E COAÇÃO

37. Considerações prévias
38. Coação, sanção e garantia jurídica
39. O significado da coação para o Direito
40. Conclusões
41. Limites éticos à coação

Capítulo 8 – ATRIBUTOS DE VALIDEZ DO DIREITO

42. Considerações prévias
43. Vigência
44. Eficácia
45. Efetividade
46. Legitimidade
47. Conclusões

Capítulo 9 – O JURISTA E A CULTURA JURÍDICA

48. O jurista
 - 48.1. Aptidão para conhecer o Direito
 - 48.2. Dever social do jurista
49. O Direito e os princípios
50. Cultura jurídica
51. O jurista e a exegese

- 52. O jurista e as Ciências Jurídicas
- 53. *Homo juridicus*

Capítulo 10 – LINGUAGEM JURÍDICA

- 54. Considerações prévias
- 55. Língua e linguagem
- 56. O poder da linguagem
- 57. Semiótica e linguagem jurídica
- 58. Insuficiência da linguagem e integração de lacunas
- 59. Aplicação de normas e valorações
- 60. Os *tipos* como expressão de pensamento
- 61. Jacques Derrida e a desconstrução

Terceira Parte

ROTEIRO HISTÓRICO DA FILOSOFIA DO DIREITO

Capítulo 11 – ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO

- 62. Considerações prévias
- 63. Origem histórica do Direito
- 64. Caracteres do Direito primitivo
- 65. O progresso jurídico
- 66. Conclusões

Capítulo 12 – A FILOSOFIA DO DIREITO NA ANTIGUIDADE

- 67. A história da Filosofia do Direito
- 68. Fase pré-helênica
- 69. Filosofia grega pré-socrática
- 70. Os sofistas
- 71. O pensamento socrático
- 72. A Filosofia Jurídica de Platão
- 73. O pensamento aristotélico
- 74. A Escola Estoica
- 75. A Escola Epicurista
- 76. A Filosofia do Direito em Roma
- 77. Observações finais

Capítulo 13 – A FILOSOFIA DO DIREITO NA IDADE MÉDIA

- 78. O cristianismo
- 79. São Paulo
- 80. Santo Agostinho
- 81. Santo Isidoro de Sevilha

- 82. O pensamento jurídico de Santo Tomás de Aquino
- 83. O voluntarismo de John Duns Escoto e Guilherme de Ockham

Capítulo 14 – A FILOSOFIA DO DIREITO NA IDADE MODERNA

- 84. O Renascimento
 - 84.1. Maquiavel
 - 84.2. Bodin
 - 84.3. Hugo Grócio
- 85. A Escola Clássica do Direito Natural
 - 85.1. Thomas Hobbes
 - 85.2. Spinoza
 - 85.3. Locke
 - 85.4. Pufendorf
 - 85.5. Tomásio
 - 85.6. Rousseau
 - 85.7. Reações à doutrina da Escola Clássica do Direito Natural
 - 85.7.1. Henrique e Samuel Coccejo
 - 85.7.2. Vico e Montesquieu
 - 85.7.3. Leibniz
 - 85.7.4. Wolff
- 86. O Direito Racional de Kant
- 87. O idealismo alemão e a Filosofia de Hegel
- 88. A Escola Histórica do Direito
 - 88.1. Os precursores do historicismo jurídico
 - 88.2. A doutrina da Escola Histórica do Direito
 - 88.3. Crítica

Quarta Parte

A FILOSOFIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA

Capítulo 15 – A DOCTRINA DO DIREITO NATURAL

- 89. Conceção dualista do Direito
- 90. A natureza humana como fonte do Direito Natural
- 91. Caracteres fundamentais do Direito Natural
- 92. Direito Positivo e Direito Natural
- 93. Princípios constitucionais do Direito Natural
- 94. O Direito Natural visto como ideologia
- 95. A realidade do Direito Natural
- 96. O carácter não ideológico do Direito Natural

Capítulo 16 – POSITIVISMO JURÍDICO E SUAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS

97. A Filosofia Positiva
98. Pensamento científico de Augusto Comte
99. Positivismo jurídico e suas tendências fundamentais
100. Positivistas e jusnaturalistas
101. Escola da Exegese
102. Escola dos Pandectistas
103. Jurisprudência analítica de John Austin
104. Positivismo crítico de I. Vanni e de G. Carle
105. Neokantismo de R. Stammler e de E. Lask
106. A posição doutrinária de Léon Duguit
107. Teoria Geral do Direito
108. Realismo jurídico norte-americano e escandinavo
109. O Positivismo jurídico moderado de Norberto Bobbio
110. Niklas Luhmann e o Direito como sistema autopoietico
111. Poder e Direito no pensamento de Michel Foucault
112. Crítica de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico analítico
113. Conclusões

Capítulo 17 – TEORIA PURA DO DIREITO

114. A obra e o autor
115. O perfil da Teoria Pura do Direito
116. Os princípios de causalidade e de imputação
117. Norma jurídica: conceito, estrutura lógica, hierarquia
118. Validade e eficácia
119. Dever jurídico e direito subjetivo
120. Estado e Direito
121. Direito nacional e Direito internacional
122. Justiça e Direito
123. A ideia do Direito Natural
124. A interpretação do Direito

Capítulo 18 – TEORIA MARXISTA E O DIREITO

125. Considerações prévias
126. O momento histórico da teoria marxista
127. Os corifeus do marxismo: Karl Marx e Friedrich Engels
 - 127.1. Karl Marx
 - 127.2. Friedrich Engels
128. A filosofia marxista
129. O Significado do Direito na visão marxista
130. Crítica

Capítulo 19 – EXISTENCIALISMO E DIREITO

- 131. Filosofia da Existência
- 132. Existencialismo e Direito

Capítulo 20 – A FILOSOFIA JURÍDICA DE DEL VECCHIO

- 133. O jurisfilósofo italiano e sua obra
- 134. Objeto da Filosofia do Direito
- 135. Conceito e ideal do Direito
- 136. Fundamento racional do Direito

Capítulo 21 – NOVA RETÓRICA E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

- 137. Lógica jurídica
- 138. Argumentação jurídica – considerações gerais
- 139. Silogismo e argumentação jurídica
- 140. Tópica de Aristóteles
- 141. Tópica jurídica de Viehweg
- 142. Chaïm Perelman e a teoria da argumentação
- 143. Robert Alexy e a teoria da argumentação
- 144. Jürgen Habermas e a ação comunicativa

Capítulo 22 – A FILOSOFIA DO DIREITO NO BRASIL

- 145. Considerações prévias
- 146. O Brasil-Colônia e a obra de Tomás Antônio Gonzaga
- 147. A Filosofia Jurídica brasileira no século XIX
 - 147.1. Avelar Brotero
 - 147.2. João Theodoro Xavier
 - 147.3. Sá e Benevides
 - 147.4. José Soriano de Souza
- 148. A transição dos séculos e a Escola do Recife
 - 148.1. Tobias Barreto
 - 148.2. Sílvio Romero
 - 148.3. Clóvis Beviláqua
 - 148.4. Outros nomes na Jusfilosofia
- 149. São Paulo e seus jurisfilósofos no Século XX
 - 149.1. Pedro Lessa
 - 149.2. José Mendes
 - 149.3. João Arruda
 - 149.4. Miguel Reale
 - 149.5. Goffredo Telles Júnior
 - 149.6. Renato Cirell Czerna

- 149.7. Tércio Sampaio Ferraz Júnior
- 149.8. José Pedro Galvão de Souza
- 149.9. Aloysio Ferraz Pereira
- 149.10. Wilson de Souza Campos Batalha
- 149.11. André Franco Montoro
- 149.12. José Cretella Júnior
- 149.13. Celso Lafer
- 149.14. Paulo Jorge de Lima
- 149.15. Teófilo Cavalcanti Filho
- 149.16. Irineu Strenger
- 150. O século XX e a Filosofia do Direito no Rio de Janeiro
 - 150.1. Pontes de Miranda
 - 150.2. Francisco Campos
 - 150.3. Hermes Lima
 - 150.4. Paulo Dourado de Gusmão
 - 150.5. Machado Paupério
 - 150.6. Djacir Menezes
 - 150.7. Alceu Amoroso Lima
 - 150.8. Benjamin de Oliveira Filho
 - 150.9. Paulino Jacques
 - 150.10. C. H. Porto Carreiro
 - 150.11. Oliveiros Litrento
- 151. A Filosofia do Direito em Minas Gerais
 - 151.1. Carlos Campos
 - 151.2. Lydio Machado Bandeira de Mello
 - 151.3. Edgar Godói da Mata-Machado
- 152. O nordeste brasileiro e o pensamento jurídico-filosófico contemporâneo
 - 152.1. Machado Netto
 - 152.2. Lourival Vilanova
 - 152.3. Nélon Saldanha
 - 152.4. Cláudio Souto
 - 152.5. Sílvio de Macedo
 - 152.6. Marília Muricy Machado Pinto
 - 152.7. João Maurício Adeodato
- 153. A Filosofia do Direito contemporânea em outros centros brasileiros de cultura
 - 153.1. Roberto Lyra Filho
 - 153.2. Luiz Fernando Coelho
 - 153.3. João Baptista Herkenhoff

Arthur Machado Paupério²

Autor de uma notável **Introdução ao Estudo do Direito**, Paulo Nader brinda-nos agora com uma oportuna e bela **Filosofia do Direito**.

Pareceu-me feliz e judiciosa a distribuição da matéria, que dá ênfase às questões verdadeiramente importantes da Filosofia Jurídica. Introdutoriamente, felicitei-me ao encontrar-lhe a afirmação: “A outra tarefa da Filosofia do Direito, de natureza axiológica, é de alcance mais prático e consiste na apreciação valorativa das leis, institutos ou do sistema jurídico” (p. 16).³

Até que enfim encontro em livro didático brasileiro um capítulo dedicado à **dimensão axiológica do direito**, o que é comum nos livros espanhóis e argentinos. No Brasil, porém, talvez em virtude da orientação republicana positivista, os livros do gênero, inclusive os de **Introdução ao Estudo do Direito**, primaram sempre pela defesa do positivismo jurídico. Minha **Introdução**, hoje em 10ª edição, foi o primeiro livro entre nós que dedicou uma unidade didática, a II, ao direito como valor.

Nesse sentido, conforta-me encontrar em suas páginas os mais belos e lúcidos desenvolvimentos da doutrina tradicional, quando, por exemplo, preceitua: “A ideia do bem comum, valor indicado por Tomás de Aquino como a causa final do Direito, é alcançada socialmente quando os membros da sociedade não carecem de recursos, materiais ou espirituais, indispensáveis à sua vida” (p. 65). Em jogo está a afirmação tomista de que, sem um mínimo material, não pode haver sequer progresso espiritual.

A obra de Kelsen, que “constitui a mais elaborada e refinada Teoria Geral do Direito”, mereceu do nosso autor segura análise no tocante à teoria pura do direito, expressão máxima do positivismo e do kantismo modernos. E foi feliz em fazê-la, pois a doutrina kelseniana ganhou foros de ciência nas próprias Universidades Católicas, onde, por questão de princípios, não podia prevalecer. Escalpelando-lhe os princípios diretores, não podia ser melhor a refutação das teses principais do sistema.

Bastante feliz ficamos com o capítulo 20: A Filosofia Jurídica de Del Vecchio. Escolhendo um jurisfilósofo para sintetizar o livro e a doutrina por ele defendida, o Autor fixou-se num dos maiores nomes contemporâneos, só por si capaz de resumir a força filosófica da latinidade e do Espírito eterno.

O próprio Nader, comentando as palavras do grande mestre italiano, deixa escapar-lhe a doutrina lapidar: “A forma lógica do Direito não provém, portanto, da experiência, mas constitui um *a priori* condicionante da realidade jurídica. Toda proposição, para obter o selo de juridicidade, há de participar daquela forma que, do ponto de vista lógico, é anterior à experiência jurídica” (p. 276).

Num último capítulo (22) estuda-se a Filosofia do Direito no Brasil. Por suas fontes ainda incompletas, não pode ser um capítulo definitivo, como o próprio Autor reconhece, na página XVII.

Contudo, a maioria das observações atende judiciosamente à realidade, configurando, para cada autor estudado, o cerne mais profundo de suas próprias ideias.

Sem pretender esgotar lacunas e pequenos lapsos nesse belíssimo capítulo, seria de lembrar-se, para uma nova edição, a inclusão, possivelmente, do nome de José Soriano de Souza, como jurisfilósofo do século XIX (1833-1895), professor da Faculdade de Direito do Recife e autor de **Elementos de Filosofia do Direito** e de **Princípios**

Gerais de Direito Público e Constitucional suas obras básicas, a segunda das quais mereceu até elogiosas referências de Rui Barbosa.

Não se reconheceu ainda a José Soriano de Souza o devido lugar que lhe cabe na literatura jurídica e filosófica nacional. Contribuiu para isso a contemporaneidade de Sílvio Romero e Tobias Barreto, que se opunham à feição conservadora de Soriano e deixaram, com o brilho de sua inteligência, diatribes e críticas sarcásticas à sua obra geralmente meditada e séria, embora pouco original, pois baseada, entre outros, em escolásticos modernos como Liberatore, Taparelli e Sanseverino. As críticas, assim, de Sílvio Romero em sua **Filosofia no Brasil**, são descabidamente intolerantes e revelam, pelas suas expressões, um apriorismo julgador de todo incompatível com a liberdade de pensamento de que se jactava ele.

Quaisquer reparos, porém, em nada diminuem o valor da obra de Paulo Nader, que, sem dúvida, honra os foros de nossa cultura e constitui, na espécie, magnífica e lúcida síntese da Filosofia do Direito, que já vai aos poucos no Brasil fugindo de sua orfandade bibliográfica anterior.

1 Reprodução do texto publicado em 09.03.1991, no **Jornal do Comércio**, 1º Caderno, p. 4.

2 Arthur Machado Paupério foi Professor Emérito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

3 As indicações de páginas e de capítulos, originalmente referentes à 1ª edição, correspondem à versão atual.

NOTA DO AUTOR

A presente edição da **Filosofia do Direito**, além de revista e ampliada, chega à comunidade acadêmica atualizada com as linhas de pensamento surgidas na *era da pós-modernidade*. Analisamos a *nova retórica*, desenvolvida por Chaïm Perelman, que reavivou um campo de estudo iniciado por Aristóteles e Cícero. Essa temática é cultivada, hoje, por nomes de grande expressão no mundo contemporâneo, como Jürgen Habermas e Robert Alexy, cujas ideias, analisadas nesta edição, atraem os juristas-filósofos com outros estudos, como os de Manuel Atienza. A lógica formal, anteriormente soberana na articulação do raciocínio jurídico, é questionada sob o fundamento de que as relações de vida não comportam avaliações rígidas, inflexíveis, adequadas à matemática e às ciências da natureza.

As mais antigas correntes, como o jusnaturalismo e o juspositivismo, continuam a provocar novos posicionamentos. Nesta perspectiva, Norberto Bobbio nos proporciona uma visão bem elaborada do positivismo jurídico moderado. Além da precisão de seus enfoques, o jurista-filósofo e cientista político italiano expõe as suas ideias com transparência. Por outro lado, o norte-americano Ronald Dworkin trouxe para o cenário da filosofia do direito uma crítica ao positivismo jurídico analítico, que alcança grande repercussão nos meios acadêmicos. Embora enalteça a importância dos direitos humanos, Dworkin não chega a se alinhar à corrente jusnaturalista. Apoiando-se no *modelo reconstrutivo* de John Rawls, pretende estabelecer uma *terceira via*, equidistante do jusnaturalismo e do juspositivismo.

John Rawls, com a *justiça equitativa*, trouxe novos parâmetros para a aplicação da justiça distributiva. Para o eminente jusfilósofo norte-americano, o princípio da igualdade de oportunidade não é suficiente para o verdadeiro equilíbrio nas relações entre os órgãos públicos e os indivíduos, pois deve haver uma compensação aos inferiorizados por sua condição genética ou origem social. O pensamento de John Rawls se encontra, podemos concluir, nas ações afirmativas preconizadas por avançadas correntes sociais.

A tentativa de Niklas Luhmann, com a *autopoiese*, de identificar nas ciências sociais igual fenômeno que se processa no âmbito da biologia, é objeto de estudo na presente edição. Igualmente o pensamento de Gunther Teubner, que projetou a autopoiese no campo do direito.

Diretamente relacionado à teoria da argumentação, o tema *linguagem jurídica* é tratado em capítulo próprio, tal o seu significado nos domínios da teoria e da prática. Dado que o Direito, como afirmou Álvaro D'Ors, é uma ciência de livros, o cultivo da Linguagem Jurídica se inclui entre as prioridades do estudo jurídico.

A par de tais abordagens, retomamos diversos temas desenvolvidos nas edições anteriores, como os conceitos de direito e de ordem jurídica, os valores justiça e segurança, além de ampliarmos o estudo sobre a filosofia do direito no Brasil, seja analisando o pensamento de outros juristas-filósofos, seja dando novos enfoques aos nomes já considerados em edições anteriores.

Esperamos que esta atualização corresponda à expectativa do meio universitário e dos estudiosos em geral, responsáveis que são pelas sucessivas edições que esta Filosofia do Direito vem alcançando ao longo do tempo.

Nesta oportunidade, externamos especial agradecimento a dois importantes nomes das letras jurídicas, professores Almir de Oliveira e Arthur Machado Paupério (*à memória*), que espontaneamente enalteceram pela imprensa o valor desta obra, quando do lançamento de sua primeira edição. A iniciativa dos preeminentes mestres ecoou em minha experiência como um forte estímulo a novas produções científicas.

Rio de Janeiro, Páscoa de 2010

Primeira Parte

ESTUDO EPISTEMOLÓGICO DA FILOSOFIA DO DIREITO

Capítulo 1

NOÇÃO E OBJETO DA FILOSOFIA DO DIREITO

Sumário: 1. Considerações prévias. 2. Graus do conhecimento. 3. Conceito de Filosofia. 4. A Filosofia do Direito.

1. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Ao se pretender investigar o conhecimento jurídico pela via filosófica é necessário, primeiramente, que este caminho seja familiar ao pesquisador, enquadrando-se nos limites de sua experiência. Sem a prévia noção da Filosofia geral, por seus métodos e funções, não é possível alcançar a plena compreensão da Filosofia do Direito pois, enquanto aquela é gênero, esta é espécie, e tudo quanto predicamos à primeira estamos, igualmente, predicando à segunda. A cultura iusfilosófica somente prospera no espírito afeito à reflexão e aberto aos grandes temas que envolvem a natureza, o homem e a sociedade. Se é verdade que a condição de filósofo não se adquire por título universitário, senão pela constância do pensamento dialético, também é certo que somente atinge a situação de jurisfilósofo o jurista que exercita, como hábito, a atitude filosófica. É que a cultura superior do *ius* não se forma com o simples acúmulo de informações que os tratados apresentam; ela é, ao mesmo tempo, saber jurídico organizado e aptidão para alcançar a verdade. O aprendizado de Filosofia, em suma, se obtém filosofando.

O acervo de conhecimentos que a Filosofia do Direito proporciona provém de três classes de pensadores: filósofos, juristas e jurisfilósofos. Como a Filosofia é uma visão universal da realidade e o Direito se inscreve no quadro de uma ontologia regional, um sistema filosófico, para ser abrangente, há de considerar temas jurídicos básicos, como os problemas da justiça e da lei. Assim, consagrados filósofos, como Platão, Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant, Hegel, trouxeram valiosas contribuições à Filosofia do Direito. Em contrapartida, os juristas nem sempre se fixam na perspectiva da Ciência do Direito, indo além do simples trabalho de exegese e sistematização do Direito vigente. Ora colocam em discussão os postulados da Jurisprudência, ora submetem os institutos jurídicos a uma crítica em seus fundamentos, situando a sua preocupação no âmbito da Filosofia do Direito. O grande *veio*, porém, que sedimenta e enriquece a nossa disciplina, localiza-se na atividade dos jurisfilósofos, daqueles que, genuinamente filósofos, conhecem a ciência jurídica. Enquanto filósofos e juristas desenvolvem a reflexão jurídica em campo restrito, com visão parcial e preponderância de enfoque, os jurisfilósofos, associando o conhecimento das correntes filosóficas à noção das categorias lógicas do Direito, atuam nos domínios da iusfilosofia sem reservas culturais, objetivando o rigor lógico dos conceitos jurídicos e a adequação do Direito Positivo aos valores humanos fundamentais.

Retratando a experiência alemã, Jürgen Habermas inicia a sua densa obra **Direito e Democracia** observando que a Filosofia do Direito deixou de ser objeto de investigação apenas dos filósofos e emigrou para as Faculdades de Direito, fato por ele considerado muito significativo. Seu estudo, anteriormente fixado na perspectiva do pensamento

de Hegel, exige, atualmente, abordagens nas áreas de Teoria do Direito, Sociologia Jurídica, História do Direito, além das teorias moral e da sociedade.¹

2. GRAUS DO CONHECIMENTO

O *a priori* fundamental à formação da cultura é a aptidão que o homem possui de conhecer e que exerce através da *discriminação* – faculdade de distinguir e relacionar as coisas. Estas podem ser assimiladas pela mente, em um processo de cognição, por seus traços mais elementares de entendimento, por seus caracteres gerais ou, ainda, por seus fundamentos e implicações com outros objetos e fenômenos. O saber comporta, pois, diversos níveis, que variam conforme o grau de relação que se faz entre o objeto do conhecimento e outros fatos e fenômenos. De acordo com a escala crescente de *relação*, o conhecimento pode ser *vulgar*, *científico* e *filosófico*.

2.1. Conhecimento vulgar. O simples ato de viver proporciona ao homem algumas noções fundamentais sobre as coisas. Ao verificar os fatos da natureza e os atos humanos, ao conviver, ou utilizar-se dos meios de comunicação, ele recebe um complexo de informações ligadas a múltiplas áreas do saber. Assim, a leitura de um periódico, a consulta a um especialista, a observação do trabalho alheio levam-no a adquirir o chamado conhecimento *vulgar*, que se caracteriza por ser *fragmentário*, *assistemático* e revelar a posse intelectual das coisas por seus aspectos meramente exteriores e superficiais. É o conhecimento que temos, por exemplo, de que a Terra desenvolve, no espaço, os movimentos de rotação e de translação e que os corpos mais pesados do que o ar são atraídos ao solo. É um saber não reflexivo, que alcança exclusivamente a noção de um fenômeno isolado, sem mostrar a sua relação com outra série de fatos e fenômenos. No âmbito do Direito corresponde ao saber do *rábula*, que conhece apenas pela experiência, despercebendo a harmonia do sistema e dos princípios que lhe informam e dão consistência.

A natureza empírica desse saber não indica, por outro lado, que toda noção adquirida pela experiência seja do tipo vulgar, pois o conhecimento científico, além de orientar-se pela razão, também recorre a essa rica fonte. Em face da amplidão de conceitos, princípios e teorias que a ciência e a tecnologia moderna apresentam e que impedem ao homem o absoluto domínio intelectual da realidade, o saber vulgar reveste-se também de importância, pois supre, de alguma forma, lacunas culturais que não podem ser preenchidas cientificamente.

2.2. Conhecimento científico. Mais amplo que o saber vulgar e menos abrangente que o filosófico, o conhecimento científico consiste na apreensão mental das coisas por suas causas ou razões, através de métodos especiais de investigação. Ele não se ocupa de acontecimentos isolados, mas supõe a visão ampla de uma determinada área do saber e, ao contrário do conhecimento vulgar, é reflexivo. No dizer de Icilio Vanni, é “uma cognição sistemática dos fatos e dos fenômenos, em que se coloca um fato em relação com outros, de modo a descobrir as suas uniformidades e a determinar as suas leis”.² Na esfera jurídica, o conhecimento científico não se caracteriza pela simples noção do conteúdo e significado da lei. Pressupõe o conceito do objeto *Direito* e compreende a visão unitária do sistema jurídico.

Os princípios que regem a natureza em geral e as coisas do homem constituem um todo harmônico e uno, que não impõe, por si, qualquer divisão. Os destaques que os cientistas fazem, ao fracionar o mundo fenomênico em setores especializados, criam a multiplicidade das ciências. O zoneamento científico é sempre voluntarioso e até mesmo arbitrário. Para o mestre Alessandro Groppali, as limitações da mente humana é que geram a divisão do campo científico, que “constitui um todo orgânico, uma cadeia que não pode partir-se, sem implicitamente

transformar a sua fisionomia”.³ O jurisfilósofo italiano compara a necessidade de se dividir o saber humano em ciências com a necessidade de se dividir a História em períodos e idades.

2.3. Conhecimento filosófico. O conhecimento filosófico representa um grau a mais em abstração e em generalidade. O espírito humano não se satisfaz, em um plano de existência, com as explicações parciais dadas pelas diversas ciências isoladas. Os fenômenos científicos não se dispõem em compartimentos incomunicáveis, estranhos entre si, e, por isso, o homem quer descobrir a harmonia, a concatenação lógica, os nexos de adaptação e de complementação que governam toda a trama do real. Visando a estabelecer princípios e conclusões, ele toma por base de análise a universalidade dos fatos e dos fenômenos e, com fundamental importância, a própria vida humana. Esse objetivo é alcançado através do saber filosófico. Spencer, ao comparar este conhecimento com os de segundo e primeiro graus, considera-o “um saber totalmente unificado, em contraposição ao saber parcialmente unificado (científico), e ao saber não unificado (vulgar)”.⁴ Na Jurisprudência, o conhecimento filosófico tem por objeto de reflexão o conceito do Direito, os elementos constitutivos deste, seus postulados básicos, métodos de cognição, teleologia e o estudo crítico-valorativo de suas leis e institutos fundamentais.

3. CONCEITO DE FILOSOFIA

A estrutura do homem, revelada por seu cérebro e membros, mostra a condição de sua existência: *conhecimento e ação*. As circunstâncias que o envolvem, levam-no a conhecer; conhecer a si próprio, a realidade exterior e a relação que se estabelece entre si e o mundo objetivo. Do pensamento transporta-se à ação: adapta o meio natural às suas condições e organiza a vida gregária. Ao mesmo tempo em que atua, penetra nos segredos da natureza e sonda os mistérios que pesam no horizonte de sua experiência. No seu *pensar* e no seu *fazer* abrem-se os caminhos para a Ciência e para a Filosofia. Enquanto a primeira vai reunir um *conjunto sistemático de conhecimentos*, a segunda vai identificar-se como *exercício da razão na busca perene da ordem do universo*. A Filosofia, como expõe Mário José dos Santos, “*não é privilégio dos eruditos, dos pesquisadores e dos catedráticos, mas está ao alcance de qualquer ser humano (por natureza, racional) desde que aceite e adote a sábia decisão de fazer sempre uma coisa simples: pensar*”.⁵

3.1. Definição etimológica e semântica. Nas diversas fases da História, a interpretação do quadro geral da existência sempre foi objetivo intelectual do homem. A perplexidade diante do real o induziu à reflexão, na tentativa de descobrir a verdade das coisas. Já os antigos procuravam as explicações referentes à matéria, à vida e aos fenômenos que testemunhavam. Mas, se a prática da Filosofia é coeva ao homem, o vocábulo que a designa surgiu apenas no século VI a.C., formado pela junção das palavras gregas *philos* e *sophia* – “amigo da sabedoria”. Atribui-se ao filósofo e matemático grego Pitágoras de Samos a criação do neologismo. Ao ser indagado quanto à sua condição de pensador, teria evitado apresentar-se como *sábio* – fato comum em sua época – preferindo, modestamente, dizer-se *filósofo*.

A palavra *filosofia*, de Pitágoras aos dias atuais, sofreu variação semântica. De *amizade à sabedoria*, passou a designar, entre os gregos, a própria sabedoria. Com Platão (427-347 a.C.), expressou o conhecimento adquirido pela reflexão: o saber depurado pelo método dialético, em que o espírito não assimila direta e imediatamente o conhecimento, mas se utiliza do processo de autodiscussão, de diálogo consigo próprio. Em Aristóteles (384-322 a.C.), o vocábulo significou o conjunto de conhecimentos do homem, compreendendo os domínios da Lógica, Física, Metafísica e Ética. Filósofo, por conseguinte, era a pessoa que dominava todas as áreas do saber, possuindo a

macrovisão das coisas. Não há, em rigor, mudança de qualidade entre a concepção de Platão e a de seu discípulo. O que ocorre, observa García Morente, “é que Aristóteles é um grande espírito que faz avançar extraordinariamente o cabedal dos conhecimentos adquiridos reflexivamente”.⁶

A Filosofia começa a perder o seu caráter enciclopédico quando a Geometria, na Era Antiga, adquire autonomia científica. Na Idade Média, a Teologia se desprende da *scientia altior*, o mesmo ocorrendo com a Aritmética, em face do avançado estudo efetuado pelos árabes. A partir do século XVII, com o desenvolvimento que se opera em diversas áreas do saber, surgem as especializações e, em consequência, algumas ciências se destacam do tronco filosófico. Pelo esforço de Galileu e, posteriormente, de Newton, a Física também se estrutura em métodos e princípios próprios. Idêntico fenômeno se passa, no século XIX, com a Biologia, com a História, com o Direito. Na quadra atual destacam-se a Psicologia, a Sociologia. Esse processo de desprendimento continua e, em rigor, apenas não se destacaram a Ontologia e a Gnoseologia: a *teoria dos objetos* e a *teoria do conhecimento* integram a Filosofia, pois possuem convergência para o universal, para a totalidade das coisas.

3.2. As especializações jurídicas e o fenômeno de desprendimento de matéria. Estará o Direito, à semelhança do que se passou com a Filosofia, suscetível de um processo de desprendimento de matéria? No período histórico que antecedeu o Direito Romano, a Jurisprudência era, na realidade, um corpo de regras que não apresentava divisões. Abrangia, ao mesmo tempo, preceitos que disciplinavam os mais variados aspectos da vida social. Com o sistema romano, contudo, surge a separação entre o Direito Público e o Privado e, mais tarde, a subdivisão das duas classes, com novos ramos se despontando na árvore jurídica, conformados a uma sistemática de métodos e princípios particulares.

Se outrora os juristas possuíam saber enciclopédico do Direito, atualmente esse domínio absoluto de conhecimento vai se tornando inacessível, em face do crescente alargamento nos limites do território jurídico e pela complexidade da matéria legislativa. Seguirá daí que, num futuro não previsível, as novas províncias jurídicas irão se alhear umas das outras, a ponto de se tornarem estranhas?

A semelhança do processo de evolução jurídica com a atomização do objeto da Filosofia é apenas accidental. As especializações que surgem não provocam a mudança conceptual do Direito, como se passou com a Filosofia nem alteram o seu objeto de estudo: correspondem a um imperativo de natureza apenas metodológica. O fato de as disciplinas jurídicas possuírem uma teoria particular, alguns princípios hermenêuticos próprios, valores típicos, não poderá estabelecer um abismo ou uma cisão entre as suas áreas de estudo. A pesquisa unilateral de um ramo jurídico, quando desenvolvida no plano estritamente teórico e alheio ao Direito Positivo, pode conduzir a uma visão hermética e revelar distâncias científicas comprometedoras da unidade imanente ao Direito. Quando, porém, a especialização se forma à luz da Dogmática Jurídica, no estudo e sistematização de um ramo, a interligação e o parentesco das disciplinas se patenteiam. E o fator decisivo que impede a desagregação interna da Jurisprudência é a vinculação de suas partes a um sistema unitário, em um nexo de complementação e coerência. Ademais, cada posituação do Direito toma por base a mesma realidade social e expressa igual ideologia.

3.3. Concepção atual da Filosofia. Modernamente a Filosofia se identifica como *método de reflexão pelo qual o homem se empenha em interpretar a universalidade das coisas*. Não exige a compreensão geral de todas as coisas: algo inatingível, atualmente, em face da verdadeira explosão de conhecimentos que se opera no campo científico.

Leibniz, no século XVII, foi, provavelmente, o último dos filósofos a dominar todo o saber de sua época

Quando se afirma que a Filosofia constitui a noção das coisas por seu aspecto universal, se deseja expressar, em realidade, que, ao refletir sobre cada objeto ou fato, o filósofo deve premunir-se de todos os conhecimentos pertinentes ao assunto a ser tratado.

A Filosofia caracteriza-se como indagação ou busca perene do conhecimento, mediante a investigação dos primeiros princípios ou últimas causas. O espírito filosófico não se satisfaz com a leitura dinâmica dos fatos ou com simples observações. Ele questiona sempre e, de cada resposta obtida, passa a novas perguntas, até alcançar a essência das coisas.

A Filosofia corresponde a uma atividade espontânea, instintiva, pela qual o homem procura captar a realidade como um todo e apreender o profundo significado dos objetos. A sua única motivação é o amor à sabedoria. A reflexão se faz desinteressada, numa expansão natural do espírito e, por isso, é pensamento independente e autêntico. Mas a Filosofia não é puro exercício mental, atividade lúdica ou devaneio. Como modelo de interpretação ela se projeta na realidade concreta, influenciando as ciências, o comportamento dos homens, os rumos da Humanidade. Às ciências, ao analisar e fazer a crítica em seus postulados básicos e na delimitação de seu campo de pesquisa. Cada ciência acha-se comprometida com uma determinada ordem de conhecimentos e o seu conjunto não fornece uma noção universal, mas visões parciais, setorizadas. À Filosofia compete promover a grande conexão entre todas as perspectivas e ser, assim, a grande intérprete da realidade. O seu papel não é apenas o de decodificar o mundo objetivo, pois também desenvolve a crítica da conduta humana e do saber acumulado. Ao considerar a universalidade dos objetos e revelar o sentido da vida, indica aos homens os seus valores fundamentais e orienta os caminhos da Humanidade. Na expressão de Will Durant “a ciência dá-nos o conhecimento, mas somente a Filosofia nos pode conferir sabedoria”.⁷

3.4. Filosofia Especulativa. No gênero animal a que pertence, o *homo sapiens* tem por característica diferencial a possibilidade de conhecer; de representar mentalmente os objetos do mundo exterior, de se inteirar do ser e do significado das coisas, do nexos de causalidade que vincula os fenômenos às suas causas, de compreender os fatos ligados à sua vida. Graças a esta aptidão para conhecer é que se manifesta o *homo faber*, o ser que tira proveito de seus conhecimentos e manipula as técnicas, gere e administra os seus interesses, cria o mundo da cultura, onde se situam as esferas do Direito, da Moral, das Regras de Trato Social.

Antes de definir a conduta devida diante da realidade o homem deve buscar o conhecimento da realidade e de si próprio. Não há como se estabelecer o comportamento adequado, a iniciativa indicável, sem a prévia noção do *ser* e de suas implicações com a ordem natural e com a vida humana.

No plano do Direito, a Filosofia Especulativa investiga, fundamentalmente, o conceito do Direito. Grande parte da *scientia altior* se volta para esta especulação, sem a qual se tornam estéreis as reflexões de natureza prática. Ao refletir sobre questões jurídicas de maior indagação, o jurista deve possuir uma resposta pessoal do que seja Direito e, em especial, sobre o significado do valor justiça.

O conhecimento do ser humano é um *a priori* às reflexões em torno do Direito. Também indispensável é a visão do mundo contemporâneo, da sociedade com os seus problemas e desafios, pois o Direito existe porque a pessoa natural vive gregariamente. Quanto maior a experiência do pensador como membro da sociedade, mais fácil será a leitura dos fatos sociais e maior a sua compreensão.

A Filosofia Especulativa investiga o plano do *ser* e, para tanto, se vale das conclusões das diversas ciências pertinentes ao objeto de estudo. Ela se limita a conhecer e os juízos que emite são de pura constatação da realidade. A *teoria do conhecimento*, também chamada *gnoseologia*, integra a Filosofia Especulativa e seu campo de

pesquisa abrange, notadamente, estudos sobre *a possibilidade, a origem e a essência do conhecimento*.⁸

Normalmente a Filosofia Especulativa constitui um estágio nas atividades reflexivas do jurista-filósofo preparatório às incursões na Filosofia Prática. Somente por amor à sabedoria ele limita a sua investigação àquele primeiro plano, ao plano do *ser*.

Preliminar à abordagem das doutrinas relativas à possibilidade, origem e essência do conhecimento, como um *a priori*, devemos formular a noção do *ato de conhecer* e do *conhecimento*. Enquanto o primeiro consiste na atividade mental de captação do conhecimento, este se consubstancia na representação intelectual das coisas do mundo objetivo ou do próprio sujeito cognoscente. É o resultado ou efeito do ato de conhecer. O conhecimento pode ter por objeto tanto a realidade exterior quanto os fatos ligados ao próprio *eu*. Quando o ato de conhecer se refere a fatos da história, verifica-se no intelecto a representação de algo exterior ao indivíduo; entretanto, se este interpreta algo que existe em si próprio, como as sensações em geral, angústia, dores físicas, sentimentos, sonhos, efetiva-se na mente a representação intelectual de um fato que não se encontra no mundo exterior ao sujeito cognoscente. Esta modalidade de conhecimento se opera pela reflexão.

Em diversos níveis e perspectivas pode ocorrer a representação intelectual de um objeto. Se a Mona Lisa é vista no Museu do Louvre por diversas pessoas, enquanto algumas se impressionam e assimilam os traços fisionômicos do modelo imortalizado, outras analisam a arte e a técnica de Leonardo da Vinci. Enfim, todas admiram o famoso quadro, mas em algumas a representação intelectual limitou-se ao enigmático sorriso e, nas demais, à obra de arte. Ou seja, uns se impressionaram com Mona Lisa e outros, com Leonardo da Vinci.

À medida que o homem *conhece* amplia-se o seu poder. Ao descobrir as leis que regem o universo, apreende os caminhos a serem seguidos a fim de tirar o melhor proveito. As ciências da natureza abrem as possibilidades do mundo tecnológico. A par do novo saber e das conquistas correspondentes, surgem desafios de ordem moral. Cabe à Filosofia orientar na preservação dos valores humanos. A cada avanço significativo das ciências da natureza deve corresponder um crescimento moral, pois do contrário o conhecimento, em lugar de ampliar a esfera da liberdade, será fator de ameaça. Diante das destruições causadas pelo emprego de armas de energia nuclear, durante a Segunda Guerra Mundial, Einstein comentou: “*Tudo havia mudado... menos o espírito humano.*”

Infere-se que as ciências da natureza e o correspondente mundo da técnica são neutros em relação aos valores; não estão comprometidos com a Moral, daí a necessidade imperiosa de a humanidade exercer uma grande vigilância sobre as pesquisas científicas e o seu correspondente produto tecnológico. No início deste terceiro milênio, uma das grandes questões que preocupam o mundo globalizado se refere às mudanças climáticas, aos desafios do meio ambiente, às condições que o nosso planeta oferece para a vida humana saudável desta e das futuras gerações. A preservação destas condições constitui um dever tanto de organismos internacionais quanto, internamente, dos Estados soberanos. A par de legislações eficientes, há de haver a conscientização dos habitantes de todas as partes do Globo sobre a necessidade de cultivarem hábitos saudáveis e propagarem uma cartilha de proteção ao meio ambiente.

O conhecimento do Direito, conforme anteriormente visto, comporta igualmente diversos níveis: o *vulgar*, o *científico* e o *filosófico*. O primeiro é a representação intelectual do leigo, não iniciado na arte de interpretar e que se satisfaz com a resposta imediata de seu interesse, captada por informações; o segundo corresponde ao saber do jurista, que possui a noção da ordem jurídica e por isso sabe atribuir o devido significado às partes normativas de um todo; o terceiro é o conhecimento mais aprofundado e desenvolvido pelo jurista-filósofo, que domina o saber jurídico e possui senso crítico, voltado especialmente para os valores humanos.

3.4.1. *Possibilidade do conhecimento.* Sob este enfoque, as correntes doutrinárias respondem à indagação se o sujeito cognoscente capta, realmente, o objeto. Para o *dogmatismo*, a possibilidade é concreta; o ser humano é capaz de apreender o objeto como ele se apresenta. Há, portanto, absoluta confiança na capacidade humana de apreender o real. Esta posição extrema revela uma ingenuidade, pois se abstrai de dúvidas na relação entre o sujeito do conhecimento e o objeto. Para o dogmatismo absoluto, intransigente, na palavra de Miguel Reale, “não há barreiras intransponíveis ao conhecimento humano, quer o homem procure os fundamentos da ciência, quer indague das condições do agir”.⁹ Em sua avaliação, a expressão máxima desta posição otimista está na doutrina de Hegel para quem “o pensamento, na medida em que é, é a coisa em si, e a coisa em si, na medida em que é, é o pensamento puro”.¹⁰ Pensadores há que sustentam um dogmatismo mitigado ou parcial, no sentido de que a realidade somente seria plenamente acessível ao conhecimento em determinadas circunstâncias e modos. Para alguns o espírito é capaz de captar a verdade absoluta apenas no plano da ação (dogmatismo teorético); para outros, somente na esfera da especulação (dogmatismo ético).

A Ciência do Direito em sentido estrito é denominada, também, por Dogmática Jurídica, cujo objeto é a definição da ordem jurídica no plano do *ser*, do Direito posto, não do ideal ou do *dever ser*. Nesta perspectiva de análise o jurista projeta o conteúdo das normas jurídicas como dogmas, pois não lhe cabe, enquanto define o Direito vigente, embaralhar os planos do *ser* e do *dever ser*. Tal estudo, entretanto, permite ao *homo juridicus* interpretar o Direito à luz das modernas correntes hermenêuticas. Nesta investigação, o jurista não pode ser acoimado de *dogmático*, pois tal qualificativo se aplica ao *homo juridicus* que projeta no campo do Direito a sua visão filosófica, às vezes metafísica, importada de ideologias com as quais se acha comprometido, como a visão tomista do Direito Natural ou a do materialismo histórico.

O *ceticismo*, fundado por Pirrón de Elis (360-270), nega esta faculdade. Para ele, sequer existe conhecimento. Diante de duas afirmativas contraditórias, não há como se concluir por uma ou por outra, sendo verdadeiros ambos os juízos. A par desta visão radical, absolutamente inaceitável, há modalidades de ceticismo mitigado. O ceticismo metafísico, conhecido por *positivismo*, recusa a possibilidade do conhecimento situado além dos sentidos humanos. Seu principal expositor foi Augusto Comte (1798-1857). Entre outros tipos de ceticismo há *oreligioso*, comumente designado por *agnosticismo*, que teve em Herbert Spencer (1820-1903) o seu fundador. Figurando como posições intermédias do dogmatismo e ceticismo, há o *subjetivismo* e o *relativismo*. Para o primeiro, é possível a apreensão do real, mas o seu significado se limita ao sujeito cognoscente, não podendo a conclusão ser elevada à condição de verdade absoluta. Para a outra versão, não há verdade universal; toda ela é relativa. A distinção fundamental entre ambas correntes localiza-se em causas diversas: para o subjetivismo, os motivos estão ligados ao sujeito cognoscente; para o relativismo, a fatores externos.

O ceticismo se projeta no âmbito do Direito, especialmente quando se nega a possibilidade do alcance pleno da noção de Justiça. Para alguns, esta não comporta uma ideia absoluta, pois o justo de hoje pode ser o injusto de amanhã, além da variação no espaço. Um determinado tipo de ceticismo jurídico encontramos na doutrina kelseniana, quando o eminente jurista-filósofo declara que a norma jurídica apresenta vários sentidos. À Hermenêutica caberia indicar as diversas possibilidades de aplicação das normas, enquanto ao juiz, a opção por uma delas, quando estará praticando política jurídica (v. item 124).¹¹

No elenco das correntes centradas na possibilidade do conhecimento, Johannes Hessen situa, ainda, o *pragmatismo* e o *criticismo*. Para o primeiro, fundado pelo filósofo norte-americano William James (1842-1910) e adotado, também, pelo filósofo alemão Friedrich Nietzsche (1844-1900), entre outros, o conhecimento possu

significado quando se presta à atividade prática, revelando-se útil para a vida dos seres humanos. Condiciona a verdade ao proveitoso. Chegou-se a afirmar que a verdade seria “*o erro mais adequado*”. Ao identificar a verdade com o útil, o pragmatismo em nada contribui à organização das ciências, revelando-se extravagante a sua grande conclusão. Como se verá, quando do estudo do *Direito Racional de Kant* (§ 86), o filósofo alemão (1724-1804) desenvolveu o espírito crítico, partindo da *dúvida metódica* cartesiana. A posição de Kant é eclética: não nega a possibilidade do conhecimento, mas exige apurado senso crítico do sujeito cognoscente.

3.4.2. Origem do conhecimento. Nesta perspectiva de análise se apresentam, basicamente, o *racionalismo* e o *empirismo*. Aquele toma a razão como a fonte legítima do saber e considera algo verdadeiro somente se “*logicamente necessário e universalmente válido*”. O empirismo, diversamente, indica a experiência como a fonte natural do conhecimento. A lição dos fatos é que deve ser aproveitada na busca do saber. Estas duas correntes tiveram uma grande influência no desenvolvimento da Ciência do Direito, especialmente no surgimento da Era da Codificação. Foi o racionalismo o grande incentivador do Direito codificado. O jurista, valendo-se de sua inteligência e espírito lógico, seria capaz de elaborar as normas destinadas ao convívio e à organização do Estado, prescindindo da experiência. Esta corrente promoveu, também, o prestígio da Escola do Direito Natural. Já o empirismo negava à razão o poder de criar, isoladamente, o conhecimento. O espírito do ser humano, originalmente, seria vazio como uma folha em branco, onde a experiência adicionaria os dados indutores do conhecimento. Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), na área jurídica, combateu o pensamento racionalista, negando validade a esta via cognoscitiva para a elaboração dos estatutos jurídicos. Para bem se adaptar ao momento histórico o Direito deveria ser uma emanção da experiência, da lição dos fatos. É famosa a polêmica travada com Antonio Thibaut, professor da Universidade de Heidelberg, a propósito da conveniência de se dar à Alemanha um código civil a exemplo do *Code Napoléon*, de 1804. Thibaut, em 1814, defendeu a ideia em **Sobre a necessidade de um direito civil geral para a Alemanha**, a qual provocou a resposta de Savigny, no mesmo ano, com o escrito **Da vocação de nossa época para a legislação e a ciência do direito**, onde contestou as ideias básicas de seu conterrâneo.

Ainda sobre a origem do conhecimento, destaca-se a posição eclética de Emmanuel Kant, ao sustentar o *apriorismo*, segundo o qual o conhecimento se forma pela conjugação da razão e experiência. O espírito seria dotado de elementos *a priori*, que atuariam como fôrmas do conhecimento, sem conteúdos; estes seriam adicionados pela experiência (v. § 86). Outra corrente é o *intelectualismo*, de formação aristotélico-tomista, também de natureza eclética, para quem o conhecimento provém tanto da razão quanto da experiência, com a circunstância de que o fato racional deriva do empírico, ou seja, os conceitos em geral provêm da experiência.

3.4.3. Essência do conhecimento. Alinham-se, aqui, notadamente, soluções *pré-metafísicas* e *metafísicas*. As primeiras se subdividem em *objetivismo*, para o qual o objeto é o elemento decisivo no conhecimento, pois determina o sujeito, e *subjetivismo*, cuja ideia básica inverte a importância do sujeito em sua relação com o objeto. O sujeito cognoscente considerado não é o ser humano concreto, mas o superior. O subjetivismo, conforme Johannes Hessen, “*coloca o mundo das ideias, o conjunto dos princípios do conhecimento, no sujeito*”.¹²

Nas soluções metafísicas alinham-se: o *realismo*, o *idealismo* e o *fenomenalismo*. Para a primeira corrente, em sua formulação radical chamada *realismo ingênuo*, o sujeito cognoscente e o objeto são independentes entre si, ou seja, as coisas existem fora da consciência. Assim, o formato, as cores ou o sabor existem objetivamente, como percebidas pelo sujeito do conhecimento. Para o *realismo crítico*, nas percepções em que atua apenas um dos

sentidos, não há correspondência entre as propriedades do objeto e o plano da consciência. Tal fenômeno ocorre quando, por um sentido, captamos as cores, os sons, o formato, os odores, os sabores, entre outras qualidades. O meio empregado é insuficiente para revelar à consciência o objeto como existe no plano real. De acordo com o *idealismo* as coisas não existem independentes da consciência, mas na medida em que as percebemos. Na concepção kantiana, denominada *fenomenalismo*, o sujeito não é capaz de conhecer a *coisa em si*, exatamente como existe objetivamente, o *númeno*, mas apenas por sua aparência, o *phaenomeno*.

3.5. Filosofia Prática. De posse do saber alcançado pela Filosofia Especulativa, o filósofo se encontra em condições de orientar a conduta, de definir o *dever ser*, tendo por finalidade o aperfeiçoamento moral da pessoa natural. A esta esfera do saber, que busca a harmonia entre o agir e os fins que o ser humano visa a realizar, onde a noção de *bem* se sobreleva de significado, denomina-se Filosofia Prática. Pertinente ao Direito, esta orienta as múltiplas formas de proteção à vida e à liberdade da pessoa natural. Consciente do conceito do *Jus*, o qual engloba o significado do valor justiça e uma resposta sobre o Direito Natural, o jurista-filósofo se encontra em condições de passar da Filosofia Especulativa para a Filosofia Prática.

No âmbito jurídico, muitas vezes são necessárias incursões além das noções de Direito e Justiça. Uma reflexão, no plano axiológico, sobre o instituto da herança, requer não apenas aquelas noções prévias como também a formulação de *juízos de constatação* ou de *realidade* sobre o modo como a matéria se encontra legislada. Uma avaliação ética em torno do mérito de uma lei de reforma agrária, voltada para os critérios de desapropriação de grandes latifúndios, pressupõe o domínio, pelo jurista-filósofo, não somente das noções de Direito e de Justiça Social como, ainda, do ordenamento vigente. Já estudante de Direito, Hans Kelsen (1881-1973) constata o erro metodológico em que incidiam expositores jurídicos ao confundirem os planos do *ser* e do *dever ser*. Ao desenvolver a sua famosa *Teoria Pura do Direito*, o autor austríaco situou o seu pensamento estritamente no plano especulativo, cuidando exclusivamente do *ser* do Direito.

A questão em torno do aproveitamento de células-tronco embrionárias, que divide as opiniões, enseja ampla análise nos domínios da Filosofia Especulativa e reflexões na esfera da Filosofia Prática. Para a apreciação do mérito da questão o filósofo deve se inteirar das informações fornecidas pelas diversas ciências da natureza, situando-se inicialmente no plano do *ser* e, posteriormente, no do *dever ser*, ou seja, da Filosofia Prática.

4. A FILOSOFIA DO DIREITO

4.1. Noção. Ao criar modelos de comportamento social, à luz dos valores de conservação e desenvolvimento do homem, o Direito torna possível a convivência e participa, por sua importância e como área definida do saber, na ordem geral das coisas. Como objeto do conhecimento, não pode ser considerado parte destacada da realidade e cultivado isoladamente. A sua compreensão precisa ser alcançada na visão universal dos fatos e fenômenos. É certo que o seu conhecimento científico atende às exigências operacionais de criação, exegese e aplicação, mas revela-se insuficiente para preservar a plena correspondência entre os conteúdos normativos e a ideia do *Jus*.

Há, pois, um papel relevante a ser cumprido pela Filosofia na esfera jurídica. Como produto da experiência, o Direito, em sua concreção fática, pode adotar diferentes ideologias e assumir variados modelos. As formações jurídicas não se fazem alheias às correntes de pensamento: pressupõem sempre uma opção ideológica, uma interpretação objetiva da realidade. Tal é a importância da *scientia altior* para esse campo do pensamento, que não se consegue chegar ao Direito legítimo sem a reflexão filosófica. É que o fenômeno jurídico, por influenciar a vida humana, deve ser estudado paralelamente à análise do homem, e as suas formulações devem desenvolver projetos

homogêneos de existência.

Nas ideias que a doutrina jurídica apresenta, quase nada se verifica de homogêneo ou de uniforme. Tal assertiva é válida também para os redutos da Filosofia do Direito, onde praticamente tudo é passível de discussão. A controvérsia é própria e imanente à Filosofia e em nada se poderá estranhar a pluralidade de opiniões sobre um mesmo objeto. Esta característica do pensamento filosófico não impede, todavia, ao longo dos anos, que novos princípios e teorias sejam consagrados mundialmente. Em um processo longo de sedimentação, formam-se também correntes diversas, interpretadoras da realidade jurídica. Pela sua racionalidade e força lógica de expressão, preeminentes jurisfilósofos aceleram a marcha de evolução do pensamento, estabelecendo novas veredas dialéticas e atraindo seguidores.

O mundo da Filosofia é pleno de controvérsias e estas atingem ideologias, valores, conceitos, entre outros elementos. A polêmica é tão abrangente que a própria existência da Filosofia do Direito chegou a ser questionada por Miceli, pois não passaria de uma fusão entre a Moral e as doutrinas jurídicas. As obras de Filosofia do Direito ora dariam ênfase ao elemento moral (linha jusnaturalista), ora ao empírico (linha positivista). Mas, acrescenta Miceli *“nenhuma delas pode ser considerada Filosofia do Direito; não as primeiras, pois não lograram dar-nos um verdadeiro conceito filosófico do Direito; tanto menos as segundas, que não puderam elevar-se a altas concepções especulativas, não obstante certo formulário filosófico com que trataram de revestir seus conceitos empíricos”*.¹³

Como objeto cultural dotado de complexidade, o Direito comporta diferentes planos de estudo. Em sua dimensão *legal*, é abordado pela Ciência do Direito, disciplina fundamental que interpreta e sistematiza o ordenamento vigente, sem preocupar-se com o problema axiológico. Do ponto de vista *factual*, é tratado pela Sociologia do Direito, que considera as relações entre o fenômeno jurídico e a sociedade, com atenção básica para a adaptação do Direito à realidade social. Não analisa as categorias lógicas nem cogita do *dever ser* e de valores. Sob o aspecto *evolutivo*, o fenômeno jurídico é objeto da História do Direito, que pesquisa a etiologia e o desenvolvimento das instituições, com a análise concomitante dos fatos históricos. Outro plano de investigação é o *comparativo*, pelo qual se faz o cotejo dos sistemas pertencentes a diferentes povos. Dele se ocupa o Direito Comparado, disciplina auxiliar que objetiva esclarecer o sentido do progresso científico e registrar a consolidação de novas tendências. Quando a atitude filosófica se projeta nos domínios da Jurisprudência, tomando o fenômeno jurídico por objeto de indagação, a análise se processa em um riquíssimo plano, onde se questionam problemas da maior relevância para a organização social. O estudo ontológico do Direito, a pesquisa de seus elementos universais e necessários, o exame axiológico de suas formas de expressão constituem a matéria de reflexão da Filosofia Jurídica.

Considerando o acervo de estudos produzidos sob o título *Filosofia do Direito*, tal a diversidade de seu conteúdo, Norberto Bobbio asseverou que *“toda tentativa de definir a Filosofia do Direito é uma inútil perda de tempo”*.¹⁴ A definição, todavia, não deve necessariamente tomar por base os textos publicados, mas os elementos da Filosofia Jurídica: *método, objeto e teleologia*.

Podemos dizer, resumidamente, que a *Filosofia Jurídica consiste na pesquisa conceptual do Direito e implicações lógicas, por seus princípios e razões mais elevados, e na reflexão crítico-valorativa das instituições jurídicas*.

Após uma longa peregrinação no Mundo do Direito, em que o fenômeno jurídico foi vivido em suas dimensões teórica e prática, fortaleceu-se a nossa convicção, neste início de milênio, de que as reflexões contribuem ao

aprimoramento dos institutos quando o jurista-filósofo conjuga as duas experiências, a nascida no recesso das bibliotecas e a sedimentada em casos concretos, seja em sede administrativa ou na turbulência dos procedimentos judiciais.

Estamos convencidos de que a Filosofia do Direito, além de conceituar o *Jus* e promover o balanço axiológico nas instituições, tem por cerne a cultura dos valores *justiça* e *segurança jurídica*, a harmonia de ambos e a tomada de posição na hipótese de um conflito consumado. Ao se posicionar no dilema – prevalência da justiça ou segurança jurídica – o jurista-filósofo projeta a sua formação, o seu perfil de *homo juridicus* idealista ou positivista.

Goffredo Telles Júnior definiu a Filosofia do Direito como “*a ciência da disciplina da convivência humana pelas primeiras causas*”. Constitui ciência, uma vez que esta, em sua opinião, deve ser entendida como *sistema de conhecimentos demonstrados*, embora alguns reservem a noção de ciência apenas para as que possuem a natureza por objeto. Ao referir-se às *primeiras causas*, o autor se reporta às causas mais distantes, remotas, inacessíveis diretamente pelos sentidos e reveladas pelo poder da inteligência.¹⁵

Na lição de Rudolf Stammler, a Filosofia do Direito se consubstancia nas doutrinas jurídicas que tenham um alcance absoluto, identificado com os conceitos do Direito e da justiça.¹⁶ Quando o filósofo reflete sobre estes conceitos, concentra o seu pensamento em objetos de extensão ilimitada, pois as conclusões se aplicam a todas as instituições jurídicas; devem estar presentes em qualquer manifestação do Direito e da justiça.

4.2. Elementos. A identificação da Filosofia Jurídica pode ser assentada pela descrição de seus elementos fundamentais, já discriminados, como alternativa da definição, uma vez que esta quase sempre padece de imperfeição, tanto que os romanos já diziam *omnia definitio periculosa est*.

4.2.1. Método. Nesta oportunidade, impõe-se apenas uma referência ao método da Filosofia Jurídica, pois dada a amplitude deste elemento, constitui objeto de capítulo próprio nesta obra (Cap. 2).

A revelação da verdade pela busca dos primeiros princípios ou das últimas causas se faz pelo exercício da reflexão, quando o pensamento se norteia tomando por base as informações alcançadas pelo espírito, os valores positivos afinados com a causa humana e os postulados lógicos.

4.2.2. Objeto. Não estão acordes os jusfilósofos sobre o objeto da Filosofia do Direito. Para Arthur Kaufmann a tarefa cometida à ciência *altior* é a reflexão em torno da justiça, do direito justo. Para o mestre da Universidade de München, cabe à Filosofia do Direito “*desenvolver uma teoria da justiça racional como medida de valoração para o direito positivo e, com isto, também, uma doutrina sobre a validade do Direito*”.¹⁷

Como estudo reflexivo, que aspira à compreensão do Direito dentro de uma visão harmônica da realidade, a Filosofia Jurídica dispõe de um amplo temário de análise que se divide em dois grandes planos de reflexão: um de natureza *epistemológica*,¹⁸ onde se pesquisa o conceito do Direito e assuntos afins, e outro de caráter *axiológico*, no qual se submetem as instituições jurídicas a um exame crítico-valorativo.

A primeira grande tarefa atribuída à Filosofia Jurídica é de esclarecer, em seus aspectos universais e necessários, a noção do Direito. Uma reflexão segura sobre temas jurídicos requer uma ampla noção do *Jus*. Tal estudo envolve o exame de numerosas questões, sendo que a posição a ser assumida pelo jurisfilósofo fica na dependência de suas inclinações ideológicas. Vê-se, por aí, a íntima relação entre a Filosofia geral e a Filosofia do Direito, pois as grandes correntes filosóficas possuem vigor e se irradiam por numerosos ramos do saber.

A elaboração de um conceito do Direito é ato complexo, que impõe opções doutrinárias de longo alcance na

problemática jurídica. Daí por que o exercício dessa liberdade cultural pressupõe a experiência jurídica e o conhecimento das alternativas filosóficas.

De acordo com o paralelo firmado por Emmanuel Kant, enquanto a Filosofia do Direito responde a pergunta “*Quid Jus?*” (o que é o Direito?), à Ciência Jurídica compete esclarecer a indagação “*Quid Juris?*” (o que é de Direito?). De fato, a tarefa de definir o Direito não se acha reservada às disciplinas jurídicas particulares, pois estas analisam apenas uma parcela da realidade jurídica e estabelecem os balizamentos de legalidade. A Dogmática Civil, por exemplo, define o seu próprio campo de estudo e não está em condições de definir o todo no qual se insere. A Ciência Penal enumera as suas fontes de conhecimento, mas não está credenciada a informar sobre as do Direito em geral. Como a Filosofia do Direito contempla a árvore jurídica em sua totalidade e na sua relação com as coisas em geral, a ela está reservada a missão de dizer o que é o Direito e buscar as soluções para os problemas vinculados a essa indagação.

Paralelamente ao problema conceptual, nessa ordem de pesquisas emergem questões fundamentais, como a relativa aos elementos constitutivos do Direito; a indagação se este se compõe apenas de norma e é a expressão da vontade do Estado; se a coação faz parte da essência do Direito; se a lei injusta é Direito e, como tal, obrigatória; se a efetividade é essencial à validade do Direito etc.

A outra tarefa da Filosofia do Direito, de natureza axiológica, é de alcance mais prático e consiste na apreciação valorativa das leis, institutos ou do sistema jurídico. A pesquisa pode situar-se no plano *de lege lata*, com a crítica ao Direito vigente, ou no *de lege ferenda*, em um ensaio do Direito ideal a ser criado. Durante esta pesquisa o pensamento iusfilosófico é norteado por princípios éticos e, fundamentalmente, pelo valor justiça, por intermédio dos quais avalia o ordenamento, para justificá-lo, ou negar-lhe validade. Esta segunda parte está mais ligada aos imperativos da vida social e visa ao enriquecimento da Ciência do Direito, pois julga os critérios da lei em função dos valores humanos e sociais. Quando se examina a figura da *eutanásia*, por exemplo, à luz do que determina o Código Penal, o estudo é de ciência jurídica, mas quando a atividade intelectual extrapola esse plano, a fim de julgar o critério legal com base nos postulados éticos, a tarefa desenvolve-se no âmbito e com os métodos da Filosofia do Direito.

Enquanto a investigação epistemológica se converge para o Direito em sua forma pura e é do interesse restrito dos juristas e filósofos do Direito, a perspectiva axiológica, que se concentra em torno do Direito como regulamentação concreta de fatos sociais, no propósito de ajustá-lo à natureza positiva das coisas, é matéria de interesse também do homem simples do povo, na qualidade de destinatário do Direito Positivo e como ente capaz de se posicionar valorativamente.

Alguns autores, como Icilio Vanni e Del Vecchio, apontam ainda, como parte do objeto, a pesquisa histórica, que teria a missão de averiguar os fatores determinantes da elaboração do Direito e o seu desenvolvimento. Reconhecemos que esta ordem de indagação é relevante, mas se acha afeta, hoje, à Sociologia do Direito, disciplina que já alcançou autonomia científica.

Se na atualidade os estudiosos e autores na área da Filosofia do Direito não comungam de igual opinião quanto ao objeto da disciplina, no passado, as divergências foram maiores. A matéria era exposta, nos séculos XVII e XVIII, em tratados de Direito Natural e, no século XIX, conforme anota Norberto Bobbio, as obras abordavam tanto a Filosofia do Direito quanto a Filosofia Política. Com a disseminação da nomenclatura *Filosofia do Direito*, no século XIX, especialmente a partir de **Princípios de Filosofia do Direito**, de Guilherme Frederico Hegel divulgada em 1821,¹⁹ o denominador comum entre as pesquisas desenvolvidas, diz Bobbio, era a discussão de problemas e esclarecimentos sobre as “*noções jurídicas que habitualmente os juristas não afrontam, ou não*

pressupõem em seu trabalho diário de interpretação do direito positivo”.²⁰ Em 1837, Henri Ahrens lançou a primeira edição da obra que ficaria famosa, sob o título **Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit** onde define a área do conhecimento: “A filosofia do direito, ou direito natural, é a ciência que explica os princípios básicos do direito, concebidos pela razão e fundados na natureza do homem, considerado em si mesmo e nas relações com a ordem universal das coisas.”²¹ Nesta obra, Ahrens desenvolveu amplos estudos sobre institutos jurídicos, notadamente os da propriedade, contrato, casamento, além da abordagem ampla sobre a constituição e a administração do Estado.

4.2.3. *Teleologia.* Embora o espírito goze de liberdade em suas reflexões, não se subordinando a esquemas rígidos ou à lógica do tipo físico-matemático, ele é guiado por uma ideia de fim a realizar-se. Em última análise, o pensamento dialético visa a atingir conclusões, a delinear o caminho que satisfaça ao ser humano, a elaborar sentenças de conteúdo ético ou fórmulas do *dever ser*, destinadas ao agir.

A ideia de fim não pressupõe o *outro*, necessariamente. Via de regra, sim. Ao se concluir que a liberdade é um valor impositivo, cria-se para o ser humano o dever de respeitar o próximo em sua faculdade de ir e vir. Quando as conclusões vedam ao cientista, em laboratório, experiências embrionárias visando à clonagem do ser humano, considera-se o *outro*, embora hipotético, na prática condenada.

Tratando-se de reflexões em que o agente do pensamento se volta para o comportamento estritamente individual, em que a dignidade inerente à pessoa natural veda-lhe a autodestruição, a ideia de fim não contempla o *outro*, mas o próprio ser a quem se nega a conduta. Neste caso, as reflexões não consideram a conduta interindividual, não há alteridade no pensamento.

4.2.4. *A visão dos filósofos e dos juristas-filósofos.* Não há duas disciplinas sob a denominação *Filosofia do Direito*; o que há, sim, são visões diferenciadas, métodos distintos, entre os filósofos e os juristas-filósofos na pesquisa da *scientia altior* do Direito. Embora todos investiguem o fenômeno jurídico por seus primeiros princípios ou últimas causas, o resultado a que chegam é diferenciado, pois diferenciada é a sua experiência. Enquanto os filósofos partem da reflexão sobre a pessoa natural para projetar o Direito e avaliá-lo, os juristas-filósofos tendem a considerar a pessoa natural a partir do estudo da ordem jurídica e do Estado.

Os filósofos contemplam o *Jus* a partir das grandes correntes filosóficas, projetando os princípios destas nas noções de Direito e de justiça. A falta de experiência jurídica impede-lhes de considerar as implicações fundamentais do valor segurança na formulação do conceito de Direito; igualmente carecem de dados básicos para o balanço axiológico dos institutos jurídicos. Pode-se afirmar que as duas visões se completam. O filósofo exalta a pessoa natural, cultiva os direitos humanos e lhes atribui valor absoluto, incondicional.

Os direitos à vida, à liberdade, à igualdade de oportunidade encontram maior fundamento na obra dos filósofos. Igualmente o combate a todas as modalidades de discriminação. O não conhecimento da ordem jurídica como um todo, a distância dos embates judiciais, impedem o filósofo de alcançar uma visão mais realista do Direito, de se posicionar fundamentadamente na hipótese de conflito entre os valores justiça e segurança jurídica.

O jurista-filósofo considera a pessoa natural, os direitos humanos, projetando-os dentro de um quadro amplo de *ponderação de interesses ou bens*, condicionando a sua garantia à preservação da segurança jurídica. Enquanto os filósofos possuem uma tendência para o jusnaturalismo e, a partir de uma visão idealista, eticista, se descurem da obrigatoriedade da ordem jurídica, a compreensão dos juristas-filósofos é mais realista, pois preconiza a observância do sistema jurídico, ainda que as suas fórmulas não sejam as ideais para a organização social.

Das reflexões em torno do tema em epígrafe, algumas conclusões se impõem. A contribuição dos filósofos à construção da Filosofia do Direito, ao considerarem a dignidade inerente ao ser humano e os ideais de justiça como fundamentos do Direito, é basilar, irrenunciável, todavia insuficiente para formar o arcabouço da disciplina. Esta pressupõe, necessariamente, os subsídios do *homo juridicus*, daquele que possui o saber científico do Direito. Por jurista-filósofo devemos entender o especialista que, habituado à atitude filosófica e afeito à reflexão, possui aptidão para conhecer o Direito e a obter a visão da ordem jurídica. Enquanto o filósofo contempla a disciplina com enfoque na Filosofia, o jurista-filósofo, como induz a própria nomenclatura, domina o duplo saber: o jurídico e o filosófico. Com arrimo nestas considerações, havemos de concluir que a Filosofia do Direito é sede do jurista-filósofo e que tanto os juristas quanto os filósofos possuem condições de contribuir com sua experiência para o conhecimento mais elevado do Direito.

4.3. Utilidade. Já enfatizamos que o saber filosófico é desinteressado, desprendido, mas isto não significa que não seja proveitoso, útil à ciência, à sociedade em geral. Todo conhecimento que aporta a verdade enriquece a compreensão, abre caminhos, possibilita avanços. A partir do momento em que a filosofia analisa a natureza humana e infere a dignidade inerente às pessoas naturais, condena as mais diferentes formas de discriminação decorrentes de cor, sexo, raça, ideologia, opção sexual e reconhece a existência dos direitos humanos. Esta conclusão é um marco na evolução da humanidade e constitui grande fonte orientadora do Estado na elaboração da Lei Maior e de toda a ordem jurídica.

Responsável pela definição do Direito, a nossa disciplina proporciona aos juristas o instrumento fundamental à problematização e ao raciocínio jurídico. Sem a representação intelectual do Direito não há como se desenvolver as teses jurídicas nem a apreciação, no caso concreto, da *quaestio iuris*.

Há temas em aberto na Ciência Jurídica, cujo mérito está entregue à Filosofia do Direito. Esta constitui a instância maior da esfera *de lege ferenda*. Quando se coloca em pauta de discussão a adequação da lei vigente à temática do implante das células-tronco embrionárias, à da eutanásia, à da pena de morte ou à da legitimidade do instituto da herança, tem-se, em realidade, um objeto de avaliação que transcende à ciência em geral, pois se instala nos domínios da Ética.

Os questionamentos éticos surgidos, tanto na fase legislativa quanto na judicial, encontram a sua resposta na Filosofia do Direito, não necessariamente em compêndios ou em lições de renomados jusfilósofos, mas, sobretudo, nas reflexões desenvolvidas pelo *homo juridicus* encarregado da formulação do texto legal ou da criação da norma individualizada.

Ao programar as normas legais, o legislador deve buscar, na consciência ética, as medidas do justo; igualmente deve proceder o magistrado, quando a norma jurídica for amoldável às peculiaridades do caso *sub judice*. A fórmula perene da justiça – *suum cuique tribuere* – é indicativa apenas de um critério, muito abstrato, a ser adotado tanto na fase legislativa quanto na judicial. A definição do *seu de cada um* é tarefa que exige sensibilidade ética, atributo naturalmente cultivado na esfera filosófica.

Diversamente do cientista, que pode colocar as suas conclusões à prova, testando-as, para depois certificar a sua veracidade científica, o *homo juridicus* não dispõe de métodos de comprovação; não opera com grandezas quantificáveis, apenas com probabilidades de alcançar o justo, daí a afirmação de que *toda lei contém uma parcela de injustiça*.

-
- 1 HABERMAS, Jürgen **Direito e Democracia**. 1. ed. brasileira, trad. da 4. ed. alemã. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I, p. 9.
 - 2 VANNI, Icilio. **Lições de Filosofia do Direito**. Trad. da 3. ed. italiana. São Paulo: Póca Weiss, 1916, p. 1.
 - 3 GROPPALI, A. **Philosophia do Direito**. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1926, p. 32.
 - 4 *Apud* GROPPALI, A. Op. cit., p. 33.
 - 5 *Tribuna de Minas*, 1º Caderno, p. 2, Juiz de Fora, ed. de 1º.6.1012.
 - 6 MORENTE, García. **Fundamentos de Filosofia – Lições Preliminares**. 4. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 27.
 - 7 DURANT, Will. **História da Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Nacional, 1966, p. 17.
 - 8 O estudo em torno da *teoria do conhecimento*, ao longo desta obra, baseou-se, fundamentalmente, na primorosa obra do alemão Johannes Hessen (1889-1971), **Teoria do Conhecimento**, cujo prólogo é datado de outubro de 1926, em Colônia, Alemanha. A tradução portuguesa é de autoria de Antônio Correia, editada por Armênio Amado, Editor, Sucessor, Coimbra, 3. ed., 1964.
 - 9 **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, § 67, p. 159.
 - 10 *Idem, ibidem*.
 - 11 Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. da 2. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, Sucessor, 1976, p. 466.
 - 12 Op. cit., p. 91.
 - 13 Cf. OÑATE, Lopez de. **Filosofía del Derecho**. Tradução argentina da edição italiana de 1955. Buenos Aires: E. J. E. A., 1961, v. I, § 8, p. 67.
 - 14 Em *Nature et Fonction de la Philosophie du Droit*. **Archives de Philosophie du Droit** Paris, 1962, VII, p. 1, *apud* HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito** 1. ed. Brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 13.
 - 15 TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. **O que é a Filosofia do Direito?** Obra coletiva coordenada por Eduardo C. B. Bittar. Barueri: Manole, 2004, p. 14.
 - 16 **Tratado de Filosofia del Derecho**. Trad. da 2. ed. Alemã. México: Nacional, 1974, p. 1.
 - 17 **Filosofia del Derecho**. Tradução espanhola da 2. ed. alemã. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 41.
 - 18 O vocábulo *epistemologia* é empregado no sentido de teoria da ciência, como postula Machado Neto (Cf. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1973, p. 5).
 - 19 Cf. anotação de TROPER, Michel. **A Filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda, 2008, p. 13.
 - 20 BOBBIO, Norberto. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito** Organizada por André-Jean Arnaud. 1. ed. traduzida da 2. ed. francesa. Rio de Janeiro: Renovar, verbete Filosofia do direito, 1999, p. 350.
 - 21 AHRENS, Henri. **Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit** 8. ed. Leipzig: F. A.

Brockhaus, 1892, 1º v., § 1º, p. 1.

Capítulo 2

O MÉTODO NA FILOSOFIA DO DIREITO

Sumário: 5. Critérios metodológicos. 6. Métodos discursivos e métodos intuitivos. 7. Métodos e Teoria do Conhecimento. 8. Métodos na Filosofia do Direito. 9. Crítica à influência da Lógica Formal no Direito. 10. Conclusão.

5. CRITÉRIOS METODOLÓGICOS

Tanto a Ciência quanto a Filosofia, além de apresentarem acervo de conhecimentos acumulados, realizam pesquisas visando à ampliação de seu lastro de cultura. Esse trabalho de sondagem intelectual, que objetiva a produção do saber, se faz pela adoção de métodos apropriados. Definido o objeto da investigação, a providência seguinte há de consistir na seleção dos métodos a serem empregados, a fim de que a pesquisa alcance a eficácia desejada.

Como seção de estudo da Lógica Formal, o método, cujo vocábulo provém do grego *methodos* (caminho para alcançar um fim), é *procedimento adotado pelo homem na busca do conhecimento*. Possui a virtude de conduzir à visão da realidade, não, porém, à decisão do espírito na decantação final da verdade. A atividade do filósofo não pressupõe apenas o *caminho*, também a projeção da experiência na escolha de cada direção e na formação de cada juízo. A Filosofia requer métodos, todavia não se resume a eles. A reflexão filosófica é a concatenação da cultura total, o que faz supor, além do método, *substância ativa do saber*.

Basicamente há dois caminhos para se chegar ao fim desejado: a) o sujeito cognoscente parte de uma *verdade essencial* para tirar conclusões aplicáveis ao caso concreto (dedução); b) da observação de diversos casos concretos, conclui a existência de um princípio geral (indução). Na busca do conhecimento, não se há de adotar um destes métodos isoladamente. Desde Aristóteles se reconhece a necessidade de o espírito operar com ambos procedimentos.

A intuição, embora a corrente *intuicionista*, que a supervaloriza, a rigor não constitui um método, pois, como se verá, o sujeito cognoscente não percorre um *iter*, de vez que o saber aflora espontaneamente ao espírito.

A racionalização da pesquisa, com a aplicação de métodos adequados, é iniciativa básica ao desenvolvimento da Ciência. É admissível, porém, pelo menos no plano teórico, falar-se em Ciência ou em Filosofia, sem a teorização dos caminhos a serem perfilhados. Isto porque há o chamado conhecimento empírico, que deriva da experiência e não de planos de investigação. Não será possível, todavia, alcançar-se o conhecimento científico ou filosófico sem o emprego de métodos, pois também o saber empírico pressupõe o seu uso, ainda que inconscientemente.

A escolha do método subordina-se à natureza do objeto a ser abordado. Cada ramo do conhecimento exige metodologia própria. Em consequência, não se deve optar pelo método sem a prévia consciência do objeto, uma vez que aquele há de ser o caminho mais racional e, por isso mesmo, o mais indicado para viabilizar os propósitos da análise. Nem se deve pretender, ainda, a eleição de um método único para a investigação de todos os setores da realidade. No século XIX, os positivistas incidiram em tal erro ao reivindicarem a generalização do método experimental, que se aplicava eficazmente nas ciências naturais, para estendê-lo também às ciências humanas.

Os critérios a serem utilizados na pesquisa dependem das tendências do *jusfilósofo*, sobretudo perante a *teoria*

do conhecimento. Se for de orientação empirista, isto é, se admitir que o saber provém da experiência, da observação, dará prioridade ao método indutivo; se, ao contrário, for adepto do racionalismo, selecionará aqueles que valorizam o poder da razão.

Os métodos podem ser considerados como técnica ou como orientação de pesquisa. No primeiro sentido, o mais comum, há, fundamentalmente, três tipos: *dedutivo*, *indutivo*, *intuitivo*. Como orientação de pesquisa, método significa doutrina, teoria.¹ É neste sentido que se diz método fenomenológico, dialético, experimental, historicista, jusnaturalista. Apesar de a metodologia ter conseguido, atualmente, um alto nível de desenvolvimento e ser objeto de uma ciência – a Lógica –, não se pode perder de vista que os métodos que visam ao conhecimento científico ou filosófico não são criações humanas, não são produtos da inteligência ou da experiência do homem, não se circunscrevendo, portanto, entre os objetos culturais. Correspondendo a uma ação natural do espírito, na articulação do pensamento, eles são imanescentes ao intelecto. A dissertação sobre os métodos, a orientação de seu emprego são, sim, sistematizações elaboradas por pensadores ao longo do tempo, a partir de Aristóteles que, em seu *Organon*, fundou e deu desenvolvimento à Lógica.

Na análise do método não se deve identificá-lo com a revelação da verdade, isto porque nem sempre visa à busca do saber. O que se dispõe sempre é a indicar o caminho mais apropriado para a obtenção de resultados positivos. Em relação à pesquisa do conhecimento, o método se coloca em função da verdade, mas, ainda assim, a correlação não é absoluta, pois, ao admiti-la, o método não cumpriria a sua finalidade, uma vez que a Ciência e a Filosofia, frequentemente, na impossibilidade de atingirem a verdade, contentam-se com a conjectura.²

Com o presente capítulo não pretendemos analisar, em ampla dimensão, o problema do método, porquanto este intento acha-se reservado à Lógica. Desta ciência, que estuda as formas do pensamento, interessa-nos trasladar apenas os elementos essenciais à compreensão do método na Filosofia do Direito.³

No início do atual milênio, há uma tendência na relativização da importância da Lógica na vida do Direito especialmente a do tipo matemático. Questiona-se, cada vez mais, o emprego de silogismos na esfera jurídica. Nesta perspectiva, a compreensão do Direito não deve ser alcançada independente dos fins que ele propõe realizar: a justiça dos casos concretos. Ao juiz preconiza-se maior influência na apuração do sentido e alcance das normas, numa tentativa de conciliação dos valores justiça e segurança. O princípio da razoabilidade, cada vez mais reconhecido nas vias judicial e administrativa, implica a rejeição de conclusões de natureza estritamente lógica e contrária ao sentido do justo.

6. MÉTODOS DISCURSIVOS E MÉTODOS INTUITIVOS

6.1. Métodos discursivos. Os métodos dedutivo e indutivo são de natureza discursiva, isto porque o pesquisador, antes de alcançar o conhecimento, desenvolve atividade intelectual, percorre um *iter*, que apresenta três tempos: *inicial*, *intercalar* e *final*. Em seu primeiro momento o intelecto apenas transita da inércia para a ação (fase inicial), sucedendo-se a etapa de aplicação das regras do método (intercalar) e a conclusão, momento culminante do processo, quando se forma o juízo, afirmando-se, ou negando-se algo sobre o objeto (final).

6.1.1. Método dedutivo. O método dedutivo corresponde à atividade mental que parte de um suposto racional – regra ou princípio geral – e, seguindo o critério de coerência, extrai consequências, princípios específicos. Se afirmamos que a liberdade é um bem do homem, por inferência, extensão lógica, devemos reconhecer que a ele deve ser garantido o poder de ir e vir, de manifestar o seu pensamento. Estes são princípios mais específicos,

revelados dedutivamente de um princípio geral. Entre o suposto racional e a consequência, mais do que uma relação, deve haver um nexo de subordinação e dependência, em razão do qual os princípios deduzidos apresentam o mesmo grau de virtudes e de defeitos que a máxima geral. A importância da consequência decorre não apenas da coerência que deve haver entre os dois termos, mas também do valor do suposto. Assim, se a regra geral for uma conjectura, a conclusão derivada somente terá valor conjectural.

Para que o método dedutivo apresente resultado científico, o pesquisador deve desencadear a operação intelectual certo de que a regra geral, a ser erigida em matriz do pensamento, é verdadeira, e para que assim a considere é indispensável que ela tenha sido devidamente comprovada. Se o risco maior do método dedutivo reside na eleição da regra geral, importantes cuidados também devem ser empregados na dedução. Neste momento, o espírito não atua exclusivamente com os subsídios da Lógica, mas utiliza igualmente juízos de valor, estimativas.

O silogismo é uma das formas de manifestação do método dedutivo e a mais típica. O raciocínio se articula a partir da *premissa maior*, formada por um juízo tomado como verdade. A *premissa menor* é uma assertiva e a *conclusão* consiste na extensão, ao dado formulado na *premissa menor*, do predicado constante no juízo inicial. Exemplo: Todos os homens têm direito à vida e à liberdade (*premissa maior*); os índios são homens (*premissa menor*); logo, os índios têm direito à vida e à liberdade (*conclusão*).

A crítica que os empiristas fazem ao método dedutivo decorre do critério de aceitação da premissa geral. Segundo essa linha de pensamento, a *premissa maior* possui natureza dogmática e se constrói ideologicamente, sem raiz científica. Admitem a adoção do método dedutivo apenas na hipótese em que a regra geral surja de uma indução devidamente testada pela experiência. O jurisfilósofo italiano, Felice Battaglia, ao mesmo tempo em que valoriza o potencial de dedução do saber, declarando que toda ciência aspira a ser “o mais dedutiva possível”, estádio esse já alcançado pela matemática e astronomia, e que “uma disciplina é madura na medida em que se constitui numa ordem sólida de princípios sintéticos que possibilitem proceder, com segurança, dedutivamente”, nos adverte, afirmando que “se impõe excluir toda fantasia abstracionista e todo apriorismo lógico, caso se deseje desenvolver a dedução científica com coerência e conscientemente”.⁴

6.1.2. Método indutivo. Com esse método o pesquisador caminha do particular para o geral. Partindo da observação dos fatos, elementos, ocorrências, ele procura, para toda a série de fenômenos, um fundamento comum, uma explicação única, um princípio diretor. O método indutivo possui também margem de risco. Este se torna patente principalmente no momento em que o pesquisador, após examinar cada fato separadamente e compará-los, passa à generalização, a indicar um princípio geral que explica e dá fundamento a uma ordem geral de acontecimentos. Se a pesquisa alcançou a observação de todos os elementos que integram um gênero, essa margem de risco diminui, mas continua subsistindo, pois a causa pode permanecer oculta e desconhecida. Seria a hipótese em que uma série de fenômenos observados possuísse dois elementos constantes, com apenas um conhecido pelo pesquisador, que o elegeisse como única causa dos fenômenos.

O intelecto não pode operar exclusivamente com um ou outro método. Na dedução, por exemplo, a regra geral que é considerada máxima absoluta, pode originar-se e ter a sua credibilidade fundada na indução. Com esta ocorre situação semelhante, pois o conhecimento não é alcançado apenas com o ato de se ascender à regra geral, partindo-se de princípios particulares. A ação intelectual que leva à generalização é composta de raciocínio, hipóteses, concepções, que possuem natureza dedutiva. Invocando a ideia da “unidade fundamental dos dois métodos”, Ilclic Vanni, apesar de distingui-los, analisa-os “como partes integrantes de um mesmo método, como órgãos de uma mesma função”.⁵ Tanto a dedução quanto a indução não mecanizam o pesquisador, pois, em qualquer circunstância,

o acerto das conclusões pressupõe decisão própria, que se faz com o que já denominamos *substância ativa do saber*.

O denominado método experimental ou *científico*, aplicado com eficácia nas ciências naturais, possui como cerne a indução. Na realidade é o próprio método indutivo que se faz acompanhar de procedimentos adicionais. A sua primeira etapa consiste na *observação*, pela qual o sujeito cognoscente constata a ocorrência de fenômenos e suas peculiaridades. Em um segundo momento, cogita o princípio ou lei que explica e justifica os fenômenos. É a *hipótese*. A etapa seguinte consiste na experimentação, quando então o pesquisador, conservando as condições que fundamentam a sua hipótese, provoca a ocorrência de outros fenômenos. Se os resultados da experimentação forem positivos, a conclusão será a confirmação da hipótese e o saber estará, então, enriquecido com um novo conhecimento científico.

6.2. Métodos intuitivos. Enquanto nos discursivos o intelecto, a partir do início da pesquisa, desenvolve operações mentais, nos métodos intuitivos o conhecimento se faz presente de um modo espontâneo, direto e acrítico. O vocábulo intuição provém do latim *intueri*, que significa *ver*. Por esse método o observador vê a realidade em um instante; capta o saber num relance, como ocorre no momento em que identifica o formato triangular de um objeto ou a sua coloração azul. Esse conhecimento da forma e cor não depende de operação mental ou desenvolvimento de ideias, mas de simples apreensão instantânea do espírito.

O método intuitivo pode ser *sensível* ou *espiritual*. A primeira espécie se caracteriza quando a realidade exterior, material, que atua como estímulo ao conhecimento, alcança o intelecto pelos sentidos humanos. Na intuição espiritual – aplicada com real proveito na Filosofia – o conhecimento não é captado pelos sentidos, mas diretamente pelo espírito. Em função da via cognoscitiva, subdivide-se em *intelectual*, *emocional* e *volitiva*, conforme a apreensão do saber se faça, respectivamente, pela razão, emoção ou vontade.

A intuição intelectual obteve importante desenvolvimento na filosofia de Platão, para quem as ideias são alcançadas diretamente pela inteligência. Assumiu papel importante também na doutrina de Descartes, a qual se formou sobre a premissa – intuída intelectualmente – de que a dúvida era a prova do pensamento e da existência do homem (*cogito ergo sum* = penso, logo existo). A filosofia fenomenológica do alemão Edmund Husserl, que pretende revelar a essência das coisas, mediante reduções eidéticas, utiliza igualmente esse método. Um exemplo de uso da intuição emocional na Filosofia encontramos nos estudos de Max Scheler, para quem o conhecimento dos valores somente é acessível ao homem pela via da emoção, pois o intelecto, por sua estrutura, não possui condições para apreendê-lo. Contestando que o intelecto ou a razão possam descobrir os objetos, o filósofo alemão Wilhelm Dilthey reputa falsas ou insuficientes as filosofias que se apoiam no intelectualismo, idealismo ou racionalismo e considera a intuição volitiva como o verdadeiro método capaz de apreender a noção das coisas.

Para a filosofia racional, o conhecimento em geral se torna acessível pelo poder da inteligência e da razão, enquanto para o *intuicionismo* estes meios não são suficientes e a intuição é capaz de levar à cognição das coisas e das ideias. As teorias da *revelação* e da *graça*, de Santo Agostinho, se fundam na filosofia intuicionista. No âmbito jurídico, considera-se Bergson o primeiro filósofo a aplicar o intuicionismo. Para ele, a inteligência seria valiosa no campo das ciências experimentais, não na esfera do *dever ser*, nos fenômenos culturais.⁶

7. MÉTODOS E TEORIA DO CONHECIMENTO

Na investigação das ciências, a adoção de métodos depende não só da natureza do objeto a ser pesquisado, mas também das opções do sujeito cognoscente perante a Teoria do Conhecimento, mais especificamente sobre a

questão da origem do saber, em torno da qual se apresentam duas correntes antagônicas – racionalismo e empirismo – e duas conciliadoras: intelectualismo de Aristóteles e apriorismo kantiano, conforme vimos ao tratar da *Filosofia Especulativa* (item 3.4).

Em sua concepção mais pura, o racionalismo não só elege a razão como sede única do saber como também somente atribui valor ao conhecimento *logicamente necessário e universalmente válido*, como no juízo “o todo é maior do que a parte”. Diante da afirmativa, porém, que “o calor solar provoca a evaporação dos líquidos”, os racionalistas mantêm reserva, pois tal juízo não é logicamente necessário, uma vez que em seu conceito o primeiro termo não pressupõe o fenômeno. Alinham-se nesta corrente, entre outros famosos filósofos, Platão, Leibniz, Wolff.

O empirismo, em contrapartida, indica a experiência como única fonte do conhecimento. Alega que o espírito não contém recursos próprios que influenciem a cognição, pois é uma tábua rasa, uma “folha em branco, onde a experiência escreve”. Todo o saber advém, portanto, da vivência humana. Participam desta linha de pensamento, entre outros filósofos, John Locke e David Hume.

Contendo elementos do racionalismo e do empirismo, o *intelectualismo*, fundado por Aristóteles, concorda com o racionalismo quanto à existência de juízos logicamente necessários e universalmente válidos, aplicáveis tanto aos objetos ideais quanto aos reais. Dele diverge, porém, relativamente aos conceitos, que não seriam produzidos pela razão, mas oriundos da experiência. O seu princípio básico é conhecido: *nihil est intellectu quod non prius fuerit in sensu* (nada há no intelecto que não tenha passado pelos sentidos). O *apriorismo*, defendido por Emmanuel Kant, considera que o conhecimento somente se forma pelo concurso da razão e experiência. O espírito seria dotado de elementos *a priori*, de natureza apenas formal e semelhante a um recipiente vazio, no qual a experiência deposita conteúdos.

8. MÉTODOS NA FILOSOFIA DO DIREITO

8.1. Considerações gerais. Do ponto de vista histórico, o Direito não foi uma criação da Ciência nem da Filosofia. Surgiu como evidência imperiosa, revelada pela natureza humana. Em seus aspectos fundamentais, o princípio da ordem a ser estabelecida na sociedade advém das condições próprias do homem. É a partir deste, por suas carências e potencialidades, que o Direito se delineia. As primeiras normas reitoras do convívio foram ditadas pela experiência e motivadas pela necessidade de proteção dos interesses primários do homem. Os valores básicos que iriam informar o Direito foram atingidos indutivamente. A partir deles, porém, em um processo metodológico não consciente, foram sendo deduzidas as regras de controle social. Complemento indispensável, a força como instrumento do Direito foi também manifestação da experiência e produto da imperfeição humana. O liame entre o Direito e o poder surgiu da ligação dos fatos e de uma interdependência natural. Foi a *ordem imanente às coisas*, portanto, que levou os grupos sociais à criação do Direito. O conceito deste, contudo, a sua representação intelectual, é uma elaboração da Filosofia do Direito, em um processo de síntese. A observação da realidade induz à constatação do Direito como fato social e à noção de que este pressupõe a reunião de alguns elementos: relação social, padrão de conduta, valor justiça, comando estatal. É claro que a eleição dos valores e criação dos modelos normativos não decorrem de impulsos arbitrários, de meras convenções, pois se inspiram em razões objetivas que constituem o seu referencial. É precisamente neste ponto – o referencial a ser considerado na formulação do Direito Positivo – que se localiza o núcleo das grandes divisões ideológicas no ramo da Filosofia do Direito.

8.2. A *deductio juris* na Filosofia do Direito. As correntes de pensamento de fundo racionalista, que defendem o primado da razão sobre a experiência na busca do saber, utilizam-se, com maior amplitude, do método

dedutivo. Na Filosofia do Direito a manifestação mais frequente do racionalismo se faz com a doutrina jusnaturalista para a qual, além do ordenamento jurídico estatal, haveria uma ordem jurídica derivada da natureza humana. Os adeptos dessa corrente, especialmente os integrantes da Escola do Direito Natural, a partir da concepção de certos direitos inatos ao homem, deduziam, *more geometrico*, as normas que deveriam participar do Direito Positivo.

O jusnaturalismo teológico, que toma por referencial a vontade divina, apesar de utilizar também procedimentos indutivos, segue fundamentalmente a *deductio iuris*. Muito antes de Santo Agostinho, pensador católico da Idade Média, a concepção teológica havia perdido o seu manto de fantasia; com ele, porém, a doutrina assumiu conotação mais racional, influenciando, posteriormente, o pensamento de Tomás de Aquino. O referencial de onde a lei humana deveria ser deduzida era, em última análise, a vontade de Deus, consubstanciada na *lei eterna*, segundo a qual o universo foi criado com suas leis e seus princípios. Na síntese de Truyol y Serra “o Direito Positivo se baseia no Direito Natural, que por sua vez é um aspecto da lei eterna”.⁷ O método indutivo, na concepção geral de Santo Agostinho, assume também grande importância. Atribuindo caráter científico à Jurisprudência, não enredou pelo campo da dogmática, dispensando ao Direito tratamento análogo às ciências físicas ou matemáticas. Cuidou que a criação das leis e princípios jurídicos não fosse produto arbitrário do legislador ou simples convenção social, mas *descoberta* como algo impresso na ordem cósmica. De acordo com essa concepção, o jurisfilósofo haveria de operar, sucessivamente, com os métodos indutivo e dedutivo, e a sua análise deveria concentrar-se no mundo da natureza, a fim de *induzir* seus grandes princípios, a partir dos quais poderia alcançar, *dedutivamente*, o dever ser jurídico.

Embora a Hermenêutica Jurídica se coloque em função das técnicas de interpretação e aplicação do Direito ela se alimenta em doutrinas filosóficas, e as suas grandes correntes doutrinárias acham-se conectadas com escolas jusnaturalistas. A famosa Escola da Exegese, que se formou em torno do Código Napoleão, era de índole racionalista e supervalorizava os textos, situando o intérprete como simples decodificador da lei. Para verificar o sentido e o alcance das normas jurídicas, o exegeta deveria utilizar-se do método dedutivo. Semelhante ideia foi desenvolvida pela Jurisprudência Conceptual e pela Escola dos Pandectistas. Em contrapartida, surgiram correntes de orientação oposta influenciadas pelo empirismo, como a Escola Histórica, a Jurisprudência de Interesses, de Philipp Heck, o Realismo Jurídico Norte-americano e Escandinavo, que se utilizaram predominantemente do método indutivo.

8.3. O método indutivo na Filosofia do Direito. A aplicação prática do método indutivo implica a admissão do empirismo, a valorização dos fatos e da observação. No âmbito da Filosofia do Direito, duas importantes correntes fundam o fenômeno jurídico na experiência: Escola Histórica do Direito e Positivismo Jurídico. Para o historicismo, que se projetou notadamente pelos escritos de Friedrich K. von Savigny, o Direito legítimo, autêntico, é uma emanção espontânea dos fatos sociais, em um processo de lenta e inconsciente elaboração. O fenômeno jurídico seria essencialmente dinâmico, mutável no tempo e no espaço, em sintonia com as transformações sociais. Inteiramente avesso ao dogmatismo e à concepção dos direitos inatos, os corifeus dessa corrente não admitiam a hipótese de direitos eternos, imutáveis e universais. Os valores jurídicos, conseqüentemente, seriam os eleitos pela própria sociedade e revelados na lição dos fatos. Dentro dessa linha de pensamento, como situar a reflexão jurídica? O referencial para o jusfilósofo seriam os fatos sociais e o conhecimento destes implicaria forçosamente o emprego do método indutivo. A pesquisa filosófica não teria a finalidade de revelar o melhor Direito, mas o Direito desejado e proclamado pela sociedade. A bem dizer, o historicismo jurídico não abre inteiramente as suas portas para o filósofo do Direito. Os horizontes que descortina são mais adequados às tarefas do sociólogo do Direito.

O positivismo jurídico, que tem seus antecedentes imediatos no pensamento de Augusto Comte, não se manifesta, entre os seus expositores, através de um corpo uniforme de princípios. As várias concepções, entretanto, se identificam na ideia de que o Direito deve fundar-se solidamente na experiência e não comportar elementos abstratos. Verifica-se, no denominador comum das diversas correntes positivistas, uma veemente recusa à presença de ideias metafísicas nos domínios da Ciência do Direito. O pensamento positivista é contrário ao racionalismo, ao dogmatismo, e não admite a hipótese do caráter absoluto da justiça. É com a Teoria Pura do Direito, do austríaco Hans Kelsen, que a doutrina positivista atingiu o seu apogeu. Este cientista toma como referencial básico de seu raciocínio a *norma jurídica* e, a partir dela, deduz a Teoria Pura, que alcançou ampla repercussão no mundo jurídico.

8.4. O método intuitivo na Filosofia do Direito. A intuição intelectual desempenha papel importante na Filosofia Jurídica, especialmente na tarefa de captar a ideia de justiça e de outros valores. Como a análise axiológica é primordial na *scientia rectrix*, verifica-se que esta tem muito a se beneficiar com o uso do método intuitivo.

Aplicada ao Direito, a Fenomenologia perquire as essências do fenômeno jurídico, recorrendo aos métodos intuitivos. A razão não seria a via cognoscitiva para se chegar ao conceito do Direito nem aos seus princípios fundamentais. A Fenomenologia Jurídica caminha no sentido de obter o conhecimento das noções *a priori* do Direito, tomada essa expressão não no sentido kantiano, mas para expressar categorias básicas à formulação da ordem jurídica, como as de pretensão, propriedade, contrato etc. Para Adolf Reinach, tais conceitos não são criações, pois existem aprioristicamente, competindo à classe dos juristas apenas descobri-los.

9. CRÍTICA À INFLUÊNCIA DA LÓGICA FORMAL NO DIREITO

Malgrado a Lógica Formal desponte como disciplina auxiliar da Jurisprudência, com importantes obras publicadas sobre a matéria,⁸ as contribuições que a Lógica oferece ao Direito vêm sendo questionadas a partir de Oliver Wendell Holmes, para quem “a vida do Direito não foi a Lógica; foi a experiência”.⁹ Para o jurista norte-americano, as circunstâncias de cada época possuem maior significado na determinação do Direito do que o silogismo. Entendia que, para se conhecer o ordenamento jurídico vigente, era preciso considerar tanto as normas do passado como perceber as tendências do Direito *in fieri*. Valorizando as contribuições da história, Holmes sentenciou que o Direito “não pode ser tratado como se apenas contivesse axiomas e corolários de um livro de matemática”.

Foi Recaséns Siches, todavia, quem desferiu o ataque mais vigoroso à influência da Lógica Formal no setor do Direito. Pretendendo substituí-la nos domínios da Hermenêutica Jurídica pela *Lógica de lo razonable*, assevera que as leis formais do pensamento são impróprias para a solução dos problemas humanos práticos, como os políticos e os jurídicos. E ao discorrer sobre a aplicação do Direito, Siches rechaça, com igual determinação, a ideia de que a decisão judicial corresponde a um silogismo, pois a atividade do magistrado não é simplista nem admite automatismos. O seu argumento básico volta-se para as múltiplas atenções que o juiz deve dispensar ao processo em curso, desde a valoração das provas até a seleção das normas a serem aplicadas. Recaséns Siches enfatiza que “*la sentencia constituye un acto mental indiviso*”, e critica o método que considera isoladamente a lei, o fato e a sentença.¹⁰

10. CONCLUSÃO

Para alcançar o saber por seus primeiros princípios ou últimas causas, o filósofo do Direito necessita de dispor de amplos recursos metodológicos. Todas as vias de acesso ao conhecimento devem ser consideradas. Em cada tipo de pesquisa há de se cogitar previamente sobre os métodos mais adequados. Essa escolha é condicionada, em parte, pelas concepções filosóficas gerais do investigador. Dedutivo, indutivo, intuitivo são métodos que se aplicam em ação singular ou conjugada. Quase sempre tais métodos participam de um complexo procedimental, como ocorre na Fenomenologia Jurídica.

A preocupação cartesiana, quanto aos cuidados preliminares à aplicação dos métodos, é significativa também nos domínios da Filosofia do Direito. Por outro lado, ao proceder à reflexão jurídica, o jusfilósofo, em razão da natureza do objeto da pesquisa, não pode atingir os fins a que se propõe, abordando o fenômeno jurídico com igual rigor lógico aplicável às ciências naturais. Enquanto estas são regidas pelo princípio da causalidade, com um nexos absoluto entre causa e efeito, o que permite ao cientista operar com medidas exatas, o fenômeno jurídico, por ser objeto cultural, deve ser tratado com pautas flexíveis e tão ágeis e móveis quanto o quadro cultural contemplado.

-
- 1 Cf. ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 1. ed. em língua portuguesa. Mestre Jou, 1970, p. 640.
 - 2 Cf. REALE, Miguel. **Verdade e Conjetura**. 1. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1983.
 - 3 Em seu **Discurso do Método**, René Descartes divulga os preceitos que adotava em suas investigações científicas: “A primeira era a de jamais acolher alguma coisa como verdadeira que eu não conhecesse evidentemente como tal...; o segundo, o de dividir cada uma das dificuldades que eu examinasse em tantas parcelas quantas possíveis e quantas necessárias fossem para melhor resolvê-las; o terceiro, o de conduzir por ordem meus pensamentos, começando pelos objetos mais simples e mais fáceis de conhecer, para subir, pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos, e supondo mesmo uma ordem entre os que não se precedem naturalmente uns aos outros. E o último, o de fazer em toda parte enumerações tão completas e revisões tão gerais, que eu tivesse a certeza de nada omitir” (1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973 p. 45-46).
 - 4 BATTAGLIA, Felice. **Curso de Filosofia del Derecho**. Trad. espanhola da 3. ed. italiana. Madrid: Re S. A., 1951, v. 1, p. 93-94.
 - 5 Op. cit., p. 23.
 - 6 CARBONE, M. **Filosofia del Derecho**. 1. ed. Buenos Aires: Editorial Sanná, 1943, p. 150.
 - 7 Cf. **Historia de la Filosofia del Derecho y del Estado**. 4. ed. Madrid: Revista de Occidente, 1970, v. 1, p. 277.
 - 8 Na literatura internacional, destacam-se as obras especializadas de Chaïm Perelman (**Tratado da Argumentação – A Nova Retórica**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996; **Retóricas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004); Robert Alexy (**Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008); Manuel Atienza (**El Derecho como Argumentación**. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2007); Neil MacCormick (**Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins

Fontes, 2006); Karl Larenz (**Metodologia da Ciência do Direito** 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983); Georges Kalinowski (**Introduction a la Logique Juridique**, 1965); Ulrich Klug (**Juristische Logik**, 1966); E. García Máynez (**Introducción a la Lógica Jurídica**, 1951). Entre os autores nacionais, sobressaem: Lourival Vilanova (**As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, 1977); L. Fernando Coelho (**Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**, 1981); Sílvio Macedo (**Curso de Lógica Jurídica**, 1984); Maria José Constantino Petri (**Argumentação Lingüística e Discurso Jurídico**, 1994); Paulo Roberto Soares Mendonça (**A Argumentação nas Decisões Judiciais**, 1997); Júlio C. Raffo – argentino radicado no Rio de Janeiro nos anos 70 e 80 do século XX (**Introdução ao Conhecimento Jurídico**, 1983).

9 **O Direito Comum**. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 29.

10 **Introducción al Estudio del Derecho**. 1. ed. México: Porrúa, 1970, p. 203.

Capítulo 3

FILOSOFIA DO DIREITO E CONEXÕES COM CIÊNCIAS AFINS

Sumário: 11. A conexão como peculiaridade da Filosofia do Direito. 12. Conexões primárias da Filosofia do Direito. 13. Outras conexões. 14. Conclusões.

11. A CONEXÃO COMO PECULIARIDADE DA FILOSOFIA DO DIREITO

Por mais culto que seja o pensador deste primeiro quartel de século, possui ele a consciência de que não é capaz de apreender todos os quadrantes do pensamento científico e acompanhar a sua evolução. Ele se conforma, então, em circunscrever o seu estudo e pesquisa em uma área limitada do saber: a uma ciência ou a um conjunto de ciências afins.

Enquanto objeto do conhecimento, o universo das coisas não se apresenta dividido ou setorizado em campos de especialização. Foi o homem quem convencionou a departamentização das ciências, premido por sua dificuldade em absorver, individualmente, o continente de leis e princípios que regem a realidade. Em ato voluntarioso, tomou a iniciativa de formular a classificação das ciências, sem lograr homogêneo entendimento na comunidade científica. Apesar de seu empenho em esclarecer, com algum sucesso, os nexos causais das ciências e os princípios que integram a ordem humana e social, o fato é que, ao se cotejarem os resultados do labor científico, o conjunto das pesquisas desenvolvidas, inequivocamente se constata a existência de um vácuo ou de uma *centelha em fuga*.

Esse é o panorama que se vislumbra do lado do ser-pesquisador. Do outro, subjaz o ser-pesquisado, o campo universal de estudo, o objeto geral do conhecimento, que guarda em si unidade lógica, equilíbrio, nexos de complementação. A realidade reúne infinitos liames, cabendo ao cientista a sua explicação. As leis naturais possuem afinidades entre si, enquanto as leis humanas se relacionam, compondo os dois conjuntos um quadro unitário de amplas convergências, donde se infere que todas as ciências mantêm elos entre si, estreitos ou não, múltiplos ou singulares.

Entre os diferentes campos do saber, segundo Ruiz Moreno, há nexos de mútua dependência, sendo que “essa relação de reciprocidade e subordinação é uma das características mais notórias do saber humano”.¹ À medida que tomamos conhecimento dos laços que unem a Filosofia do Direito com outros setores do saber, mais se esclarece o seu conceito, mais se coloca em evidência o seu papel de informar o Direito e de iluminar, para a observação dos juristas, o ordenamento jurídico. Lopez de Oñate, ao abordar o presente tema, põe em destaque a importância de tal estudo, que proporciona “uma plena clarificação da precisa natureza da Filosofia do Direito, quer dizer, de sua estrutura e sua finalidade”.² O presente estudo revela, ainda, as contribuições que as ciências afins podem proporcionar à nossa disciplina.

Para Del Vecchio, o saber humano “tem caráter orgânico e sistemático”.³ Tal propriedade teria origem no fato de que os conhecimentos convergem para a mente humana e esta seria *una*. Que o saber humano possui aquelas características é indubitável, todavia pensamos que a sua explicação fundamental não reside na unidade da mente, mas na organização ínsita na ordem natural das coisas. O espírito humano, tendo a aptidão para conhecer e formular sínteses, possui a arte de ordenar o saber dentro, ainda, de suas limitações para captar o sentido da realidade.

12. CONEXÕES PRIMÁRIAS DA FILOSOFIA DO DIREITO

A Filosofia do Direito se relaciona, mais intimamente, com a Filosofia, com a Ciência do Direito, Psicologia Moral, Lógica, Sociologia e Sociologia do Direito, Teoria Geral do Direito. Analisemos tais vínculos:

12.1. Nexos com a Filosofia Geral. Sendo a Filosofia Jurídica uma projeção da Filosofia nos domínios do Direito, é natural que venha a receber dali uma importante influência. A atitude filosófica e o método de apreciação do objeto cognoscível não variam. Ao questionar determinado instituto jurídico, o jurisfilósofo submete o objeto em pesquisa à crítica, fazendo-a por intermédio de crescentes indagações, verificando sempre, entre outras buscas, se o instrumento legal se harmoniza com a ordem natural das coisas. Bem de se ver que as correntes filosóficas de pensamento se projetam, por sua vez, no campo jurídico, donde surgem o positivismo jurídico, existencialismo jurídico, estruturalismo jurídico e várias outras correntes filosóficas.

12.2. Nexos com a Ciência do Direito. Enquanto a Ciência do Direito descreve e sistematiza a ordem jurídica, a Filosofia do Direito, em uma de suas missões, cuida de avaliar o Direito objetivo à luz dos valores jurídicos e sociais. Para a execução de tal tarefa o jurisfilósofo forçosamente há de assimilar acriticamente o Direito Positivo e, uma vez de posse daquele saber, passa a operar com espírito crítico. É comum dizer-se que a Filosofia do Direito começa onde termina a *Jurisprudentia*. Tal afirmativa carece de precisão, já que nem sempre a Filosofia do Direito secunda a Ciência do Direito. Em seu objetivo de interpretar o Direito, muitas vezes o jurista é influenciado por suas convicções filosóficas, notadamente quando lhe é facultado aplicar equidade, ou seja, a *justiça do caso concreto*. Em uma de suas missões a Filosofia do Direito influencia a elaboração do Direito Positivo, cujo resultado constitui objeto da Ciência do Direito. Aqui, pode-se dizer, a Filosofia do Direito chega primeiro...

12.3. Nexos com a Psicologia. Ao submeter o Direito Positivo à análise crítica, a Filosofia do Direito há de considerar a natureza humana, destacando-se, em sua reflexão, os *atos do espírito humano*, cuja temática é objeto da Psicologia. Se o Direito é criado à imagem do homem, de acordo com a sua estrutura biopsíquica, verdade é também, que uma vez estabelecido o Direito, a mente humana deverá absorver as prescrições normativas. As normas imperativas, expõe Del Vecchio, “regressam ao mesmo espírito que as originaram”.⁴

Ao dispor sobre a conduta social, seja para estabelecer sanções criminais, seja para impor a reparação civil, a ordem jurídica pressupõe a responsabilidade do agente, ou seja, requer a consciência humana como base das ações. Quando se restringe a aplicação do *princípio da autonomia da vontade*, por exemplo, as leis visam à proteção da parte socialmente mais fraca. Ao questionar o Direito, para aprovar as suas disposições ou propor retificações normativas, a Filosofia do Direito há de considerar o plano da consciência, há de levar em consideração os fatos do espírito humano.

12.4. Nexos com a Moral. O envolvimento entre a Filosofia do Direito e a Moral é intenso. O Direito, com produto cultural que é, realiza valores; é engenho humano que visa à consagração da *justiça*, e esta se acha enlaçada com a Moral. De fato, o Direito não é exclusivamente um composto normativo ou apenas uma sucessão de fatos sociais. A sua composição, além de reunir normas jurídicas e fatos sociais, integra-se de valores, que são juízos estimativos emitidos pelo legislador na tentativa de produzir o Direito justo, Direito que corresponda aos princípios do Direito Natural. Nesse esforço de plasmar o Direito justo pretende-se, em grande parte, a sintonia da ordem jurídica com a ordem moral. Ao tutelar o valor *bem*, a Moral fornece importantes medidas à formação do Direito Positivo

tanto que a própria noção de justiça se insere no âmbito do *bem*. A ordem jurídica, porém, não se inspira totalmente na Moral, visto que o Direito também cogita de fatos alheios àquele setor da Ética.

A Filosofia do Direito, ao avaliar o Direito Positivo, o faz considerando a Moral como um de seus pontos de referência, tanto a Moral Natural, que expressa a noção pura de bem derivada da natureza das coisas, quanto a Moral Positiva, que é aquela consagrada historicamente por determinada sociedade.

12.5. Nexos com a Lógica. Esta ciência, que há pouco tempo desprendeuse da Filosofia para constituir-se em campo autônomo do saber, não possui sentido em si mesma, revelando-se importante na medida em que serve às demais ciências, ofertando-lhes princípios e critérios que devem nortear o pensamento cultivado em campos específicos de estudo. É instrumento ou meio que orienta o raciocínio e a formação do conhecimento.

A área do saber que investiga os exatos processos do pensar constitui, em verdade, ciência básica a informar todas as outras ciências, e seus estudos formam um compêndio a ser consultado por todos que se disponham a desenvolver análises científicas. Sendo assim, forçosamente o Direito e a Filosofia Jurídica hão de possuir conexão com a Lógica. O Direito Positivo, para ser efetivamente *ordem jurídica*, necessariamente deve apresentar-se como um complexo de normas, fatos e valores, dotado de lógica interna, isto é, subordinado à máxima “onde houver a mesma razão deverá haver a mesma disposição”. A Lógica Formal se revela útil ainda no processo de aplicação do Direito, onde, embora o ativo papel desempenhado pelos magistrados, na diagnose do fato e na interpretação ou integração do Direito, o raciocínio acompanha o roteiro silogístico. É de se reconhecer que o Direito não poderá ser tratado como se fora uma ciência física ou matemática. Recaséns Siches, com veemência, contesta a importância da Lógica Formal nos domínios do *Jus*, entendendo que este deverá ser abordado com pautas mais flexíveis, com a lógica por ele denominada *de lo razonable*.⁵

O filósofo do Direito, em suas tarefas, deve operar com amplos horizontes descortinados e não conhecer outros limites senão os da própria razão. A liberdade de pensamento é seu apanágio, todavia haverá de buscar sempre a coerência e seguir linhas harmônicas, em suas premissas e em suas conclusões. Diferentemente do poeta, que pode abandonar os princípios lógicos ao dar expansão aos seus desígnios, o pensamento filosófico há de se desenvolver em consonância com aqueles princípios. É certo que a substância de seu pensamento o filósofo do Direito não extrai da Lógica. As premissas básicas com que opera expressam muitas vezes um pensamento ideológico, que não se forjou dentro de esquemas lógicos, contudo as conclusões posteriores deverão se alinhar coerentemente com aquelas premissas básicas.

12.6. Nexos com a Sociologia e Sociologia do Direito. Para desenvolver reflexões sobre o Direito, o filósofo necessita conhecer também os caracteres básicos da sociedade, e se a tarefa que enceta não se refere ao *Jus* em sua forma abstrata, mas ao *Jus* historicamente consagrado, o sujeito cognoscente deverá inteirar-se ainda das peculiaridades concretas da sociedade. Sendo a Sociologia a ciência que estuda os fatos sociais, é fácil concluir quão valiosos são para o jusfilósofo os resultados de sua pesquisa.

A Sociologia do Direito, no dizer de Jean Carbonnier, surgiu no âmbito da Filosofia do Direito como um de seus ramos, tendo alcançado sua autonomia a exemplo da Lógica e Psicologia Jurídicas. Aquele fenômeno de desprendimento de matéria, ocorrido no âmbito da Filosofia, teria igualmente se processado nos redutos da Filosofia Jurídica. A separação entre ambas teria ocorrido no momento em que a Sociologia do Direito passou a adotar novos métodos de investigação, como o de experimentação ou observação de massa. Alguns jurisfilósofos, conforme ainda o ilustre professor da Universidade de Paris, contemplam a Sociologia do Direito como doutrina filosófica e, para

tanto, teriam contribuído certos sociólogos, como Max Weber, Gurvitch e Geiger que, adotando orientação mais teórica do que empírica, encetaram seus estudos mais no âmbito das bibliotecas do que nos campos concretos de pesquisa, ensejando uma espécie de *Filosofia da Sociologia do Direito*.⁶

Aparentemente não haveria convergência entre a Filosofia do Direito e a Sociologia do Direito, já que aquela se ocupa do dever ser jurídico tomando por referência fundamental a natureza humana e os valores morais, enquanto a segunda cultiva o ser jurídico consagrado pela sociedade, onde valor possui o que se harmoniza com os fatos sociais. Como não é possível derivar, necessariamente, do fato social o dever ser perquirido pelo filósofo do Direito, as duas áreas do saber se relacionariam apenas remotamente. Ocorre, todavia, que a Jusfilosofia não se situa em um plano de abstração em face da sociedade quando avalia as instituições jurídicas. Não é irrelevante para ela, portanto, o perfil dos fatos sociais.

A legitimidade do Direito, de cuja noção também se ocupa o filósofo do Direito, não é alcançada apenas por exercícios teóricos, pela contemplação dos direitos humanos. Direito legítimo é o que atenta para as exigências da natureza humana e contempla ao mesmo tempo o pensamento social, refletido nos costumes e manifestações do corpo social. Eis aí um precioso ponto de contato entre a Filosofia do Direito e a Sociologia do Direito.

12.7. Nexos com a Teoria Geral do Direito. Esta disciplina nasceu como resultado de uma insatisfação de juristas quanto aos rumos da Filosofia do Direito, que muitas vezes envolvia as questões jurídicas em auras metafísicas. Pretendeu-se, com ela, a fixação e análise das *constantes jurídicas* recorrendo-se aos conceitos da *Jurisprudencia*, com exclusão do método filosófico. Concebida como a teoria do Direito sem filosofia, apresenta indistintamente, índole positivista. De origem alemã, tendo em Adolf Merkel, Karl Bergbohm, Karl Binding, entre outros, seus primeiros cultores, pretendeu substituir os métodos de indagação da Filosofia do Direito por um disciplinamento mais prático, objetivo, em que o cientista passasse a operar tão apenas com elementos estruturais e permanentes do Direito, como o são as noções de fontes, norma jurídica, fato jurídico, relação jurídica. Tal ordem de estudos não reuniria componentes reflexivos, como o exame dos valores jurídicos ou considerações sobre o Direito Natural. Por não se dedicar ao Direito Positivo de um determinado Estado, mas ao Direito em seu aspecto puro possui validade universal. Entre ela e a Filosofia do Direito, diferentemente do que o paralelo de ambas pode sugerir não existe oposição ou concorrência. Seus estudos se desenvolvem em faixas distintas, com objetivos próprios, sendo comum uma valer-se instrumentalmente dos resultados da outra. Isto se dá, por exemplo, quando o jurisfilósofo, atendo-se ao conceito de relação jurídica, enfrenta a indagação se o homem pode ali figurar como *objeto*. Quando formula a crítica de um determinado instituto jurídico recorre, primeiramente, aos contributos da Teoria, utilizando-se de princípios hermenêuticos para a exegese do texto legislativo.

13. OUTRAS CONEXÕES

A Política Jurídica, também denominada Política da Legislação, em sua missão de indicar ao legislador a matéria social que necessita de regulamentação, recebe importantes subsídios da Filosofia Jurídica. No dizer de Claude Du Pasquier, “(...) sua função é de fazer reinar a ordem social e assegurar, na medida do possível, a satisfação das necessidades essenciais da sociedade”.⁷ Embora se fale que a Filosofia do Direito, como Filosofia que é, não possua fins utilitários, o certo é que muitas de suas conclusões se canalizam para a Política Jurídica, indo alcançar os textos de leis. Tão importantes os vínculos dessa ciência com a Filosofia Jurídica que alguns estudiosos conforme destaca Wilhelm Sauer, a consideram, equivocadamente, essência da Filosofia do Direito.⁸ O fato é que a

Política Jurídica, visando ao aperfeiçoamento do Direito Positivo, entre outras fontes, recorre-se à *scientia altior* do Direito.

Sendo a Economia a ciência social que estuda as riquezas, é natural que seus princípios e leis extrapolem os seus lindes, indo influenciar outros setores do conhecimento, tal a presença do *material* na vida humana.

Ao dispor sobre os interesses sociais, o Direito ocupa-se, em grande parte, da matéria econômica, ensejando por via de consequência, o desenvolvimento da reflexão filosófica correspondente. Um estudo lúcido sobre a conexão em análise há de revelar a reciprocidade de influência. Que a Economia provoca amplas especulações na área jusfilosófica, isso é inquestionável; não menos verdadeira, porém, é a ocorrência de refluxo no pensamento econômico. A Economia desencadeia no âmbito da Jurisprudência uma intensa codificação, com as leis visando a manter o necessário equilíbrio social. Na Filosofia do Direito repercute sob diferentes ângulos, entre os quais o que se refere à justiça social, que objetiva a distribuição mais equânime das riquezas e que, iniludivelmente, é o caminho definitivo da sociedade e das instituições que lhe dão sustentação. A Filosofia do Direito sugere, então, à Política Jurídica, que retifique o curso das relações sociais, seja com mudanças na política tributária, seja na legislação trabalhista ou social, alcançando ainda a esfera do Direito Internacional Público, onde as nações em desenvolvimento procuram efetivar a doutrina da justiça social no concerto dos povos.

Especificamente na parte em que analisa o ser humano, a *Biologia* desperta algum interesse na Filosofia do Direito. É que a cabal compreensão do homem, pressuposto fundamental da Filosofia e Filosofia do Direito, não pode prescindir de certos dados relativos à sua dimensão biológica. Em meio às discussões pertinentes à descriminalização do aborto, o jurisfilósofo necessariamente há de ter acesso às informações relativas às condições físicas do feto, onde se sobrelevam algumas indagações, como a pertinente à fase de gestação em que se manifesta a consciência do ser em formação.

Ao atingir o seu estágio científico, a Estatística passou a ser considerada nos estudos de Filosofia do Direito. Ao quantificar certos fenômenos, notadamente os sociais, essa ciência reúne informações úteis ao conhecimento mais amplo do homem e da sociedade, propiciando ao jurisfilósofo uma visão mais esclarecida sobre a realidade. A reflexão jurídica, implicando manejo de dados, tem na Estatística um de seus pontos de apoio.

14. CONCLUSÕES

A Filosofia é a disciplina que mantém maior número de elos e mais próximos vínculos com as áreas do saber, justamente porque visa ao conhecimento das coisas por suas últimas razões e quer interpretar o todo contemplando harmonia em suas partes. No âmbito do Direito, é também a *scientia altior* quem mais se articula com as diversas ordens científicas, e mais pontos de contato apresenta com as demais ciências que estudam o *Jus*.

Como nenhum aspecto do universo das coisas é desinteressante para a Filosofia, esta se liga, consequentemente, com maior ou menor intensidade, à generalidade dos ramos do conhecimento. O mesmo se poderá concluir quanto à Filosofia Jurídica, tendo em vista que o Direito dá cobertura aos fundamentais interesses dos homens, interesses complexos que envolvem relações sociais de variados matizes e nexos com a natureza e seus fenômenos.

1 MORENO, Martin T. Ruiz. **Filosofía del Derecho**. 1. ed. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda.

1944, p. 81.

- 2 OÑATE, Lopez de. **Filosofía del Derecho**. 1. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América 1961, v. 1, p. 71.
- 3 DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito** Tradução da 10ª e última edição italiana. Coimbra: Arménio Amado-Editor, Suc., 1959, v. 2, p. 17.
- 4 *Idem.* v. 2, nota 3, p. 20.
- 5 RECASÉNS SICHES, Luís. **Nueva Filosofía de la Interpretación** 2. ed. México: Editorial Porrúa S.A., 1973, p. 277.
- 6 CARBONNIER, Jean. **Sociologia Jurídica**. 1. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1979, p. 29.
- 7 DU PASQUIER, Claude. **Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit** 4. ed. Neuchatel/Suisse: Delachaux & Niestlé, 1967, p. 163.
- 8 SAUER, Wilhelm. **Filosofía Jurídica y Social**. Barcelona-Madrid-Buenos Aires: Labor, 1933, p. 130.

Segunda Parte

O DIREITO E SEUS ATRIBUTOS DE VALIDEZ

Capítulo 4

CONCEITO DO DIREITO

Sumário: 15. Aspectos gerais. 16. Direito e adaptação social. 17. Cultura e natureza do Direito. 18. A definição do Direito. O Direito subjetivo. 19. Ordem jurídica. 20. Direito, Moral e Regras de Trato Social. 21. A ideia do Direito Natural como divisor de correntes.

15. ASPECTOS GERAIS

Ainda que o jurista não apresente uma definição formal do Direito, nem haja cogitado a respeito, necessariamente há de ter um conceito daquele objeto. Isto é forçoso, de vez que não é possível conhecer e utilizar bem um sistema jurídico sem a prévia representação intelectual do Direito. Como se posicionar diante de indagações relativas à efetividade, como as que envolvem os problemas de obrigatoriedade das leis injustas ou das leis em desuso, sem a prévia convicção do que seja Direito? Pode-se afirmar que esse conceito, um dos mais nobres versados na Filosofia do Direito, uma vez alcançado pelo espírito, será diretor do pensamento e das ideias quanto a numerosas questões. Sem que o analista identifique, previamente, aquela noção, não poderá desenvolver, por exemplo, a sua *teoria da interpretação*. A resposta ao *quid Jus?* há de ser uma postura intelectual amadurecida para não ser provisória, ou não se alimentar na contradição. É que a coerência lógica do pensamento jurídico deve ser cultivada a partir de consonâncias com a noção de Direito, que atua como uma espécie de norma constitucional para o jurista. Embora se possa buscar com empenho essa harmonia, a verdade é que a perfeição está por existir também nos domínios da Filosofia do Direito, onde presumidamente atuam espíritos lógicos. O saber do sujeito cognoscente pode evoluir mediante etapas. Possuidor da noção científica do Direito, o jurista, que em algum tempo conheceu o Direito apenas vulgarmente, no futuro poderá conhecê-lo pela via filosófica. Atingido este grau de conhecimento, a noção se revela com caracteres definitivos, suscetível de modificação em face, apenas, de radicais mudanças doutrinárias.

Enquanto a definição é juízo externo, que se forma pela indicação de caracteres essenciais, conceito ou noção é juízo interno que revela apreensão mental. Com a posse ou o saber, pelo qual se distingue o gênero da espécie ou uma espécie de outra, o espírito exercita o pensamento, reflete. O Direito enquanto conceito é objeto em pensamento; enquanto definição, é divulgação de pensamento mediante palavras. O conceito pode ser expresso tanto pela definição como por formas desenvolvidas. Para a primeira, há regras técnicas ditadas pela Lógica.¹ Para a segunda, o espírito voa livre. O expositor pode limitar-se ao plano de suas ideias, ou pretender descortinar determinadas concepções. Esta ordem de estudos é significativa não apenas porque reúne um acervo de informações, mas porque contribui para uma tomada de opiniões na medida em que oferece opções doutrinárias diferenciadas.

Nenhuma outra ciência possui questionamento de ordem conceptual tão profunda quanto a do Direito. Os juristas, por sua vez, recebem uma carga de influência das correntes filosóficas, fato esse natural, pois o Direito se acha intimamente ligado à Filosofia. Atuando sobre o espírito ao nortear a conduta social, o Direito ocupa-se de questões polêmicas, que exigem reflexão e juízos de valor. Não há como se elaborar Direito, ou aplicá-lo sem filosofia. O espírito do jurista há de estar receptivo à lei, mas ao mesmo tempo sensível à teleologia do Direito, e o fim deste é sempre o bem-estar dos homens em sociedade ou a organização do Estado. Além da influência que a Filosofia exerce no Direito por meio de suas linhas de pensamento, há de se destacar que ela também o faz pela contribuição direta de alguns filósofos, que inseriram reflexões sobre o fenômeno jurídico em seus sistemas, como o fizeram Tomás de Aquino, Hegel, Kant, entre outros expoentes do pensamento filosófico.

Entre as várias questões que o tema em foco apresenta, uma é de ordem preliminar e diz respeito à possibilidade de o espírito elaborar um conceito geral para o Direito. Paulo Dourado de Gusmão abordou o problema distinguindo inicialmente as correntes filosóficas que admitem um conceito universal do Direito das que se contrapõem a esse entendimento. Entre estas situou os *céticos* e os *agnósticos*. Os primeiros negariam a existência de constantes no Direito como decorrência da pluralidade de elementos ditados pela experiência, que impediriam a indução de um conceito válido para todos os sistemas. Em sua postura empirista, os agnósticos não admitiriam o exame filosófico do Direito, reconhecendo possível apenas a elaboração de conceito particular aplicável a determinados ordenamentos.² Na contraposição das doutrinas empiristas e racionalistas, Gustav Radbruch aderiu às primeiras, sustentando a tese de que a noção do Direito, que é geral, universal e necessária, deve ser alcançada dedutivamente da *ideia do Direito*, de quem depende, e esta não seria outra senão a justiça.³ A existência de uma pluralidade de sistemas jurídicos, pensamos, não é um obstáculo para se alcançar o conceito do Direito. Este pode ser elaborado pelo filósofo do Direito a partir de sua experiência. Tanto o método indutivo quanto o dedutivo são valiosos nessa tarefa. Uma vez captados certos dados reais pela observação, poder-se-ão desenrolar operações dedutivas. A formulação de um conceito do *Jus* exige a participação da experiência pelo fornecimento de elementos e os contributos da razão, pois esta generaliza e elabora sínteses.

Não só o conceito do Direito, mas o pensamento jurídico em geral é direcionado por essa metodologia. Embora possua como ponto de partida a experiência, a construção científica do Direito caminha no sentido de fornecer ao jurista postulados que orientem o seu raciocínio, como o da afirmação da superioridade da norma constitucional em relação à ordinária. Quando se proclama que a liberdade é um direito subjetivo inseparável do homem, a fonte de tal pensamento não poderá ser outra senão a sua própria realidade objetiva. Afasta-se, assim, nos quadros da ciência, a fundamentação transcendental que se opera pelas vias religiosa e metafísica.

Entre as múltiplas correntes filosóficas do Direito, verificamos duas tendências fundamentais, uma de índole espiritualista, que situa o valor justiça como elemento essencial e preeminente, além de proclamar a existência do Direito Natural; outra é de natureza positivista, que valoriza apenas os dados fornecidos pela experiência, identificando o fenômeno jurídico com a norma ou com o fato e admitindo por Direito apenas o institucionalizado pelo Estado. A par de tais divergências, que são de ordem estrutural, é possível, todavia, se encontrar um denominador comum entre as diversas correntes filosóficas do Direito. Ao se afirmar que o Direito tem algo a ver com a norma, com o fato e também com o valor, não se poderão apresentar objeções sérias; igualmente quando se diz que o Direito é um processo de adaptação social, possui caráter evolutivo e, além de um conteúdo nacional, reúne elementos universais.

Nos Estados democráticos, o Direito se apresenta como instrumento da justiça e visa a proporcionar o bem-

estar dos indivíduos, a inserção social, o progresso coletivo. Nos Estados totalitários, constitui aparelho de dominação; meio de efetivação ou permanência da ideologia institucionalizada. Neles, em primeiro lugar, o Direito é posto na salvaguarda dos interesses do Estado e de seus dirigentes; preservada esta ordem de prioridades, tutela os valores privados desde que compatíveis com os públicos. Roberto Lyra Filho atenta para uma contradição em que incidem os protagonistas dos Estados totalitários, pois, quando lutam por transformações *“só reclamam direitos, só pedem justiça, só postulam liberdades juridicizadas e sonham, tão só, com outra ordem normativa da convivência humana...”*⁴

É imperiosa a convergência de interesses entre o Estado e a sociedade. Os Poderes constituem apenas instrumento de formação e cumprimento da ordem jurídica substancialmente justa. Dada a natureza cambiável da sociedade, o Direito deve acompanhar as transformações que nela se operam. Os fatores sociais são, também, fatores de evolução da ordem jurídica, daí a necessária sintonia entre o legislador e os fatos da época.

16. DIREITO E ADAPTAÇÃO SOCIAL

É um fato de nossa experiência que o homem depende do meio social para desenvolver o seu potencial criador e manter o equilíbrio psíquico. É no contexto da sociedade onde vai buscar os recursos que lhe são indispensáveis. O homem não pode, todavia, limitar-se à condição de usuário daquela grande fonte. Ao mesmo tempo em que auferir os seus benefícios, deve desenvolver esforços no sentido de conservá-la. O funcionamento da sociedade pressupõe comando e ordem e, para tanto, é preciso, de um lado, que se organize a estrutura de poder e, de outro, que se estabeleça um ordenamento jurídico. Este não apenas cria as normas que disciplinam a conduta interindividual como institucionaliza os modelos de organização social. Tanto o poder quanto o Direito, surgem em decorrência da necessidade imperiosa de se preservarem as condições de vida coletiva. O poder cria o Direito e a ele se submete em suas funções de planejar e promover o bem-estar social. Mediante órgãos distintos o poder desempenha, ainda, a tarefa de aplicar o Direito nas relações sociais. Relativamente ao poder, o Direito estabelece as condições e os limites de seu exercício. O Direito Positivo se apresenta na sociedade como um processo de adaptação social, isto porque é criado como a fórmula da segurança e da justiça. Como todo processo de adaptação, o Direito é elaborado em função de uma necessidade. Não fora a carência social de disciplina e de distribuição de justiça, razão não existiria para se cogitar sobre o Direito. Este se justifica na medida em que logra efetiva adaptação, que não se obtém por qualquer conteúdo normativo. Para que o Direito seja efetivo processo de adaptação é indispensável que preencha vários requisitos. Em primeiro lugar, é necessário que esteja devidamente ajustado ao momento histórico, em consonância com os fatos da época. As normas jurídicas devem não apenas ordenar as relações sociais como também consagrar fórmulas que expressem o querer coletivo. Se as leis não refletem, na linguagem de F. Gény, a *natureza positiva das coisas*,⁵ não há como se falar em adaptação social. Quando se diz que o legislador deve respeitar a vontade social, não se quer declarar que o povo detenha fórmulas jurídicas mais convenientes e sim que ao se preparar um texto legislativo devem-se eleger valores e buscar soluções compatíveis com as pretensões dominantes. A sociedade possui problemas heterogêneos que ameaçam a sua estabilidade e nem sempre possui a consciência das fórmulas mais adequadas de resolvê-los, pois compete ao poder a pesquisa das diversas soluções e escolha daquela que se antecipa como instrumentalmente capaz e sem o risco de tornar vulneráveis outros interesses sociais.

Para que o Direito guarde correspondência de modo permanente com os fatos sociais, é imperioso que o legislador se mantenha vigilante quanto à evolução histórica, acompanhe a jurisprudência e introduza, com

oportunidade, alterações no ordenamento jurídico. O Direito deve ser contemplado, hodiernamente, não apenas como órgão dissipador de conflitos. A sua missão atual deve ser também a de promover o homem, dando-lhe condições para desenvolver o seu potencial de vida e cultura. O Direito contemporâneo há de incentivar a cultura, economia, esportes, lazer, proteção do meio ambiente, pois a sua função não é de sujeito passivo que se mantém de prontidão para ditar regras diante de conflitos. Ao analisar, com prospectiva, o quadro social, deve o legislador atuar com previsibilidade, dispondo de seu mecanismo coercitivo para preservar o equilíbrio na sociedade.

Ao elaborar uma lei, o legislador há de prepará-la de tal modo que possa ser um efetivo processo de adaptação social. Para se aferir essa qualidade é indispensável que se examinem os efeitos sociais provocados pela lei durante a sua vigência. Se não logrou efetividade, ou não proporcionou bem-estar à sociedade, não há como se considerá-la processo de adaptação social. Pensamos que tanto o sistema Continental de Direito quanto o da *Common Law* acham-se aptos à criação de regras com aquele potencial. Embora se possa, teoricamente, presumir nas regras costumeiras aquela adaptação, o fato é que o sistema de Direito codificado é mais ágil para encetar mudanças e ajustar o ordenamento jurídico às transformações que se registram no quadro social. Com este sistema, todavia, corre-se o risco de se estabelecerem normas artificiais e divorciadas da realidade social, risco esse inexistente nos sistemas de Direito consuetudinário. O fenômeno de recepção do Direito estrangeiro gera, muitas vezes, modelos jurídicos distanciados dos fatos; todavia, não há necessidade de se eliminar tal procedimento na prática legislativa, pois isso implicaria renúncia a uma importante fonte ofertada pelo Direito Comparado. Os cuidados, sim, deverão ser redobrados quando se pretender assimilar o Direito alienígena, tarefa essa que invariavelmente requer adaptações no *Jus Receptandi*.

17. CULTURA E NATUREZA DO DIREITO

Conceber o fenômeno jurídico como processo de adaptação social equivale a identificá-lo como objeto cultural, como algo elaborado pelo homem para suprir as suas carências. No quadro da ontologia regional situamos o Direito no mundo da cultura, que reúne objetos materiais e espirituais, aqueles com suporte corpóreo e estes não; todos, porém, compreendendo a realização de valores. Em nossa opinião, o suporte espiritual do Direito consiste na conduta social, pois as normas jurídicas visam a alcançar o comportamento das pessoas, impondo-lhes determinados padrões de convivência. Ao induzir a conduta, o Direito Positivo realiza valor, e o valor que tenta realizar é o da justiça. Enquanto realiza sempre valor, expressa apenas uma tentativa de consagração do justo. Isto porque a justiça não é mera convenção da lei, mas medida que objetiva o equilíbrio, a adequação entre o que se dá, ou o que se apresenta, e o que se recebe, fórmula nem sempre atingida pelo legislador.

Embora o papel do legislador seja precipuamente o de captar o pensamento jurídico nas correntes sociais, as tarefas que executa são relevantes e complexas, notadamente as que envolvem matéria técnica como a das leis e códigos de processo. O legislador há de ser também um crítico, pois se de um lado deve zelar para que o ordenamento expresse o sentimento coletivo, deve ter a sua atenção despertada para os valores do justo. Compreender o Direito como objeto cultural ou processo de adaptação social não significa adesão à doutrina positivista. Entendemos que o Direito Positivo deva fundar-se no querer social e ainda na *ordem natural das coisas*. A tendência é que o querer social se revele em plena sintonia com aquela ordem, pois apenas por uma forte perturbação na sociedade pode chegar-se ao divórcio entre ambos, oportunidade em que o legislador deverá induzir a adaptação dos fatos sociais ao Direito Natural.

O Direito não é um fenômeno transitório, pois corresponde a necessidades sociais permanentes. Transitória e cambiável pode ser a forma com que se apresenta seu campo normativo, que deve acompanhar a evolução dos

fatos sociais. O Direito Positivo conserva, contudo, um coeficiente de universalidade e permanência, justamente na parte que consagra princípios do Direito Natural, como o da preservação da vida e da liberdade humanas. A ordem jurídica deve expressar, a um só tempo, a realidade social e os postulados do Direito Natural. Entendido este não como normas que definem a conduta, mas como princípios norteadores que orientam o legislador em sua tarefa de elaborar as leis, não constitui obstáculo ao processo de adaptação. Universal, eterno e imutável é a sua principiologia, que deve ser assimilada pelo legislador, que dispõe de flexibilidade e alternativa na sua aplicação. O conceito de Direito Natural não se apresenta uniforme nos tratados de Filosofia do Direito. Rejeitando qualquer concepção de índole metafísica, já que a ciência deve operar com dados práticos e objetivos, vimos sustentando a noção de um Direito Natural firmado na experiência, plenamente conjugado à realidade humana. A sua grande fonte é a natureza do homem. O Direito Natural, por seus princípios básicos, revela ao legislador o suporte jurídico que há de proteger o homem para que possa realizar o seu potencial para o bem, potencial esse impresso em sua natureza. Esta, por sua vez, se acha posta em nosso campo de observação, acessível pelas vias da experiência e da razão. O Direito Natural exerce influência no Direito Positivo que, em grande parte, desenvolve os seus postulados. Não há, todavia, como se admitir, ontologicamente, a existência de apenas uma ordem, ainda na hipótese de perfeita harmonia entre a ordem positiva e a natural.

Pelo acima exposto, podemos concluir que não há qualquer obstáculo ou dificuldade para se chegar, na prática, ao Direito como processo de adaptação social, partindo-se do entendimento de que o *Jus Positum* é objeto cultural e deve fundar-se nos princípios do Direito Natural.

18. A DEFINIÇÃO DO DIREITO. O DIREITO SUBJETIVO

Quem pretende elaborar a definição do Direito deve primeiramente conceituá-lo, compreendê-lo amplamente, pois só podemos indicar os caracteres de um objeto na medida em que o conhecemos. A arte de definir é arte de derivação de conceito. Tão complexa quanto a tarefa de conceituar o Direito é defini-lo. Entre uma e outra deve haver perfeita simetria, pois quem expressa deve fazê-lo na forma de seu pensamento. Tratando-se a palavra *Direito* de um termo análogo, antes de elaborarmos a sua definição devemos esclarecer, obrigatoriamente, a acepção considerada.

Em sua dimensão positiva, *Direito é o conjunto de normas de conduta social, imposto coercitivamente pelo Estado, para a realização da segurança, segundo os princípios de justiça*. Assim definido, o Direito reúne três elementos primordiais: *fato, valor e norma*. Como processo de adaptação social, o Direito nasce dos fatos e se destina a discipliná-los. Direta ou indiretamente toda norma jurídica dirige o comportamento social. Ao indicar a conduta exigida, o Direito revela juízo de valor. As normas jurídicas, de um modo ou de outro, compelem o homem à ação justa. Para que os fatos consagrem os valores do justo e com isto a sociedade alcance equilíbrio e harmonia, há de haver normas práticas e objetivas que indiquem modelos de conduta, ou estabeleçam os limites da licitude. A norma é o instrumento prático do Direito, pois regula o fato em função de determinado valor que se pretende adotar socialmente. Tais elementos configuram, no seu conjunto, a chamada *Teoria Tridimensional do Direito*, desenvolvida e enriquecida pelo jurista brasileiro Miguel Reale.

Para atender às suas necessidades de vida, a pessoa natural deve se orientar em conformidade com as leis naturais e as normas sociais, situadas estas na esfera do Direito, da Moral e das Regras de Trato Social. As normas religiosas, como já destacamos, ao direcionarem a conduta social, apoiam-se em determinadas concepções morais. As normas jurídicas são de natureza *prescritiva*; indicam o comportamento a ser adotado em determinada circunstância e o fazem coercitivamente, dada a possibilidade de o ser humano violar a determinação. Já as leis

naturais, regidas por um determinismo absoluto, possuem enunciados de índole *descritiva*.

A liberdade do ser humano faculta-lhe o descumprimento das normas jurídicas, não das leis da natureza. Estas são invioláveis e punem a simples tentativa de desobediência, pois, verificada uma causa, o efeito ocorre inapelavelmente. Diante de uma lei da Física, por exemplo, ao ser humano cumpre apenas buscar o seu conhecimento, a fim de se orientar adequadamente. As leis da Física admitem, por exemplo, sob determinadas condições, aparelhos mais pesados do que o ar. Se a navegação aérea descumprir as exigências, ter-se-á a tragédia em consequência. As leis naturais são, ainda, imutáveis e universais; as jurídicas, diversamente, devem acompanhar a dinâmica dos fatos, para não perderem a condição de processo de adaptação social. Elas se diversificam no âmbito internacional, pois cada povo tem seus costumes, tradições, necessidades peculiares, conjunto de fatores que influencia diretamente na elaboração de suas leis.

Como objeto cultural o fenômeno jurídico implica criação humana. Esta se faz diretamente pela sociedade, com o Direito consuetudinário, ou por órgãos do Estado. Ordinariamente é o Poder Legislativo quem elabora o *Jus scriptum*, embora não se deva amesquinhar a contribuição do Judiciário no aperfeiçoamento da ordem jurídica. Conquanto nos países filiados ao sistema Continental de Direito, a missão constitucional desse Poder seja a de aplicar normas preexistentes, o que se faz com discernimento e certa criatividade, há de se lhe reconhecer ainda um labor fecundo na definição do Direito Positivo. Sem chegar a constituir-se em órgão-fonte, pois não possui liberdade para revogar leis, o Poder Judiciário enriquece e beneficia o Direito Positivo, pois de princípios gerais dispersos no ordenamento induz regras de comando jurídico, que se impõem socialmente pelo prestígio da jurisprudência. Os órgãos de onde emanam as regras jurídicas não integram o ser do Direito. Não há como se confundir o autor com a obra. Esta leva o estilo daquele, mas possui ser e existência individuais. Relativamente à coação, força a serviço do ordenamento jurídico, embora de importância irrecusável, não chega a integrar o ser do Direito, pois é fator apenas contingente. A coercibilidade, força em potência, se nos afigura como um dos traços distintivos do Direito.

Além de se manifestar *objetivamente* como normas disciplinadoras do convívio social, o Direito se revela também em dimensão *subjetiva*: *poder de agir e de exigir, que o Jus Positum proporciona ao sujeito ativo de uma relação jurídica*. Esta face do Direito, identificada pelos romanos por *jus facultas agendi*, na falta de um *nomen iuris* específico, como se dá na Alemanha com o vocábulo *Berechtigung*, em nossa língua é denominada *direito subjetivo*. Este engloba duas esferas: a da *licitude* e a da *pretensão*. A primeira se identifica com o campo de liberdade – *agere licere* – definido pelo Direito objetivo, enquanto a segunda consiste no poder de se exigir do sujeito passivo da relação jurídica o cumprimento de seu dever. Consequentemente, podemos definir o direito subjetivo como *a possibilidade de agir e de exigir aquilo que as normas de Direito atribuem a alguém*.

Uma vez situado o Direito Positivo como processo de adaptação social, como *objeto cultural*, implicitamente, o situamos como instrumento a serviço da causa humana: meio utilizado pela coletividade para tornar possível a ampla interação social. Em última análise, o Direito existe para garantir o funcionamento da sociedade e ao mesmo tempo preservar a dignidade da pessoa humana.

Os direitos subjetivos são apenas dimensões da ordem jurídica, ou são a potência determinante daquela ordem? A matéria se apresenta em sede de discussão filosófica. É claro que a instauração da ordem jurídica visa à tutela dos interesses fundamentais da pessoa humana, mas é também imperioso que, no plano da validade prática, a definição dos direitos subjetivos se faça a partir do Direito objetivo. O intérprete seguro, consciente da teleologia da lei, dá às normas o sentido compatível com a proteção aos interesses fundamentais da pessoa humana. Estes devem influenciar o ordenamento jurídico tanto no momento de sua elaboração quanto na oportunidade da exegese.

A rigor, não se pode falar em direito subjetivo destacadamente da ordem positiva. Direito subjetivo haverá na

medida em que o Direito objetivo dispuser. Antes disso, é correto se dizer *interesses fundamentais* e só por impropriedade de linguagem poder-se-á atestar a existência de um direito subjetivo independente da ordem de legalidade. Quem há de comandar a ordem jurídica positiva é o *Jus Naturae*, que abrange os interesses fundamentais da pessoa humana. Estes induzem e condicionam a criação do *Jus Positum* e também influenciam na revelação do significado e extensão das normas jurídicas. A projeção da *ordem jurídica natural* nos instrumentos legais se faz em larga amplitude. A postura de reserva ou de prevenção em face do Direito Natural não invalida a presente ordem de raciocínio. Que se atribua outra denominação àqueles *interesses fundamentais*, ou que se os considere um campo estritamente ético, ainda assim permanecem com o comando indireto da organização e disciplina da sociedade. Havemos de reconhecer, todavia, que nem todos os direitos subjetivos mantêm conexão com o Direito Natural. Há prerrogativas legais estabelecidas à revelia dos estatutos éticos. Em contrapartida, há imperativos de ordem moral não sancionados pelo legislador. Uma ordem jurídica verdadeiramente acorde com a instância superior do *Jus*, em que os direitos subjetivos se identificam com a Moral, é uma questão de aperfeiçoamento do Direito Positivo. Esta deve ser a meta permanente dos cultores da ciência.⁶

19. ORDEM JURÍDICA

19.1. Noção geral. *Ordem jurídica* é uma qualidade do Direito Positivo; é o sentido de harmonia e coerência lógica das normas vigentes. *Ordem* significa *disposição adequada das partes de um todo*. Pressupõe, portanto, pluralidade de elementos. Para que um conjunto alcance a sua causa final é indispensável que as suas diversas partes estejam dispostas em um nexo de complementaridade. A ideia de fim é essencial, pois só haverá ordem se o conjunto estiver apto a realizar o objetivo para o qual existe. Ao entrar em um laboratório de análises clínicas, por exemplo, o leigo poderá ter uma impressão de desordem à vista da disposição de equipamentos, frascos, soluções, reagentes, pois desconhece a função de cada qual e a dinâmica dos procedimentos. A visão do profissional que ali trabalha é diferente, pois a disposição de todos aqueles objetos no espaço físico é racional e prática para o trabalho que ali desenvolve. A ideia de fim, ora enfatizada, integra a definição de ordem adotada por Goffredo Telles Júnior: “*Ordem é a disposição conveniente de seres (de meios) para a consecução de um fim.*” Tal a ideia de harmonia e complementaridade que a ordem contém, que o eminente jurista-filósofo oferece uma alternativa de definição: *unidade do múltiplo*.⁷

A noção de ordem jurídica reúne a ideia de *ordem* e de *Direito*. A sua causa material se compõe da pluralidade de leis, decretos e outras formas de expressão do Direito. A ordem jurídica não consiste na soma deste conjunto, mas na harmonia e no encadeamento lógico de normas contidas nestas fontes. A definição da ordem jurídica é tarefa ao alcance apenas dos verdadeiros juristas, que desconsideram as normas colidentes entre si, as violadoras da Lei Maior, as incompatíveis com a teleologia dos institutos. A ordem jurídica contém *uma única voz de comando*; uma plena coerência na diversidade dos assuntos regulados.

Por mais competente e dedicado em suas funções, o legislador não consegue elaborar a ordem jurídica, embora seja esta a sua missão. Dada a enorme extensão do ordenamento, formado por excessivo número de leis, que abrangem numerosos institutos jurídicos, a plena harmonia das normas é sempre um alvo a ser perseguido por todos os segmentos atuantes na vida jurídica. Além do legislador, a doutrina e a jurisprudência exercem importante papel nesta definição.

Uma vez que a lei nem sempre se apresenta em condições de ser aplicada como a sua linguagem sugere, *prima facie*, entende Michel Troper que o legislador não cria normas, apenas enunciados. A norma só passaria a

existir quando ocorresse a significação do enunciado, e esta é atribuída pela instância julgadora, mediante a interpretação da lei.⁸ Esta opinião se revela tecnicista, nada prática e implica uma subversão da ordem, pois, implicitamente declara que os casos *sub judice* somente terão uma norma reitora *a posteriori*, quando de sua interpretação em juízo. Ora, quando se afirma que a anterioridade da lei é um princípio de segurança jurídica, a referência é à anterioridade das normas e não dos enunciados. A conclusão de Michel Troper não se aplica também às *cláusulas gerais* e aos *conceitos jurídicos indeterminados*, de vez que a própria norma, para ganhar operabilidade, autoriza o julgador a preencher as suas lacunas.

A apuração da ordem jurídica tende a se tornar tarefa complexa e fugidia à medida que se multiplicam as fontes formais do Direito, provocando a *inflação legislativa*. A ampliação do Direito Positivo gera a divisão do seu campo normativo, levando à formação de novos ramos, sub-ramos e microssistemas. A visão da totalidade da ordem jurídica torna-se, então, inacessível aos cultores do Direito, por mais sábios e bem informados que sejam. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1979), gênio brasileiro do século XX, dos nossos juristas foi o que produziu mais extensamente. O seu extraordinário legado abrange o Direito Privado como um todo, enquanto a sua produção na esfera do Direito Público limitou-se ao Direito Constitucional e ao Direito Processual Civil (v. item 150.1). Diante da expansão da árvore jurídica, a tendência é nossos autores se dedicarem a campos normativos mais restritos.

As especialidades exigem de seus cultores, imperiosamente, a noção dos princípios e normas situados em áreas diversas, mas que afetem a compreensão do campo investigado. Qualquer que seja o instituto ou o ramo a que se dedique, o jurista deverá buscar a sua compreensão a partir de estudos centrados na Constituição da República.

19.2. Coerência do ordenamento e normas antinômicas. No discurso lógico não há lugar para a incoerência, para a quebra de harmonia, pois a sua composição se funda na razão e os métodos adotados guiam, conduzem o pensamento ao encontro da verdade científica. Para que o Direito cumpra a sua finalidade, não pode se dissociar da Lógica, pois há de se orientar por critérios que harmonizem o seu conjunto normativo, forneçam subsídios ao intérprete e se façam presentes na solução dos problemas encaminhados aos tribunais. A essencialidade da Lógica Jurídica não pode ser colocada em dúvida; discutível, sim, o tipo de raciocínio mais adequado na análise dos casos concretos.

Quando o operador jurídico depara com duas normas antinômicas, evidentemente apenas uma é obrigatória, sendo possível a conclusão de que ambas, por motivos diversos, não integrem a ordem jurídica. Antes de concluir pela existência da contradição, o operador exaustivamente deverá ter esgotado os recursos lógicos de que dispunha para excluir a hipótese de conflito apenas aparente. Pode ser que uma norma contenha regra geral, enquanto a outra dispõe sobre exceção. Em uma boa técnica legislativa, a exceção vem em parágrafo do artigo, enquanto a regra geral, no *caput*. Com alguma frequência as duas orientações se apresentam em artigos ou até mesmo em seções distintas; daí a temeridade de se interpretar as partes sem o conhecimento prévio do todo.

Configurada a antinomia, ou seja, para determinado suposto normativo haver duas normas com disposições diversas, o método deverá ser de depuração, a fim de se identificar a norma prevalente.

Em primeiro lugar devem ser considerados os tipos de fontes. Se uma provém de lei e a outra, de decreto, não sendo o ato de competência exclusiva do executivo, prevalecerá a norma legal. Quando no conflito concorre uma lei federal com uma estadual, a Lei Maior deverá ser consultada para a definição da esfera autorizada a disciplinar a matéria. Se a competência for concorrente, vigente será a da lei federal. Se as normas conflitantes integrarem fontes de igual natureza, a prevalência será a promulgada em segundo lugar. Esta orientação não prevalecerá, todavia, diante do princípio "*Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*" ("a lei geral posterior não

derroga a especial anterior”). Tratando-se de normas antinômicas presentes no mesmo ato legislativo, a prevalência deverá ser da que se harmonizar com a orientação geral do texto ou do instituto jurídico correspondente.

Entre a lei e a jurisprudência há de haver plena harmonia, mas isto não impede que a fonte legislativa contrarie a orientação dos tribunais, salvo se as normas promulgadas forem inconstitucionais. Com as súmulas vinculantes o Supremo Tribunal Federal fixa a interpretação da ordem jurídica, a qual passa a ser obrigatória para as jurisdições de grau inferior e para os atos administrativos. Tais súmulas, todavia, podem perder a sua vigência se lei posterior, regular, alterar a sua orientação ou novas súmulas vinculantes, com disposições diversas, forem editadas.

19.3. Espécies de contradições jurídicas. As contradições, a seguir consideradas, situam-se no plano legislativo e não na ordem jurídica, pois esta, por definição, consiste em um todo normativo harmônico. As contradições foram classificadas por Karl Engisch em cinco modalidades: a) contradições técnicas; b) contradições normativas; c) contradições valorativas; d) contradições teleológicas; e) contradições de princípios.⁹

Por *contradições técnicas* Engisch considera a falta de homogeneidade na terminologia adotada pelo legislador em diferentes textos e exemplifica com a noção de *funcionário público*, diversamente adotada no Direito Administrativo e em sede Penal.

Nas *contradições normativas* a antinomia se localiza na dualidade de conduta prevista no ordenamento: enquanto uma proíbe, a outra ordena. De um lado, o ordenamento “*prescreve a obediência incondicional às ordens de um superior e, ao mesmo tempo, proíbe a prática de certos atos puníveis*”. O exemplo a que recorreu Karl Engisch nos parece mais de *contradição aparente*.

Nas *contradições valorativas* as disposições consagram valores antitéticos. Como se sabe, o valor, ao lado da norma e do fato, é um dos componentes do Direito. Ao elaborar uma lei, o legislador emite juízos de valor, estimativas, que variam entre o bem e o mal, entre o bom e o ruim, ou seja, adota os valores positivos ao mesmo tempo em que rejeita os negativos. Se uma ou várias leis adotam valores que se contrapõem, ter-se-á configurada a hipótese *sub examine*. Na opinião de Engisch, diante de uma contradição da espécie deve-se considerar a possibilidade de eliminação do conflito mediante a técnica da interpretação.

Com menor incidência são as *contradições teleológicas*, manifestas quando se apura que os fins colimados não são alcançáveis por falta de meios: “*O legislador visa a um fim com determinadas normas, mas através de outras normas rejeita aquelas medidas que se apresentam como as únicas capazes de servirem de meio para se alcançar tal fim*.” Engisch considera a possibilidade de, na prática, a hipótese configurar: a) uma lacuna insusceptível de preenchimento; b) uma contradição normativa e, como tal, ser solucionada.¹⁰

É a partir de princípios gerais e específicos que se elabora a ordem jurídica, aplicando-se o método dedutivo. Posteriormente, o intérprete, valendo-se do método indutivo, revela os princípios norteadores do ordenamento. Nas *contradições de princípios* constata-se a presença, nas leis, de guias ou diretivas impossíveis. Pensamos que, na hipótese de a hermenêutica ser impotente para solucionar o conflito, deve-se recorrer ao princípio da *ponderação de bens*. Da maior gravidade é a contradição entre os princípios segurança jurídica e justiça, pois enquanto o primeiro orienta no sentido de se aplicar a norma ainda que injusta, o valor justiça desconsidera como jurídica a norma que atenta contra os seus princípios fundamentais. Como diz Karl Engisch, “*nestas formulações vai implícito um complexo de questões que transcende o problema das possíveis contradições*”.¹¹ O problema do conflito entre os dois valores tem sido objeto de nossos reiterados estudos e dos quais resultaram a *Concepção Humanista do Direito*.¹²

20. DIREITO, MORAL E REGRAS DE TRATO SOCIAL

A nossa compreensão sobre o Direito não estará completa se não tivermos consciência de que não é ele o único instrumento de controle da sociedade e se não soubermos distingui-lo, claramente, das demais normas sociais. É que, ao seu lado, atuando sobre o comportamento interindividual, existem os campos da Moral, Religião e das Regras de Trato Social, que não encerram antinomias ou conflitos entre si e atuam cumulativamente, desenvolvendo funções próprias, colimando fins convergentes e complementares.

Tanto as normas jurídicas quanto as não jurídicas são fundamentais à convivência e harmonia entre os indivíduos, mas são as primeiras que tornam possível a sociedade. Esta perspectiva de pensamento encontramos em Alberto Trabucchi, para quem o Direito se distingue dos demais instrumentos de controle porque constitui o *“princípio de coesão social, sem o qual a sociedade civil se dissolveria na anarquia”*.¹³ As normas não jurídicas, além de influenciarem o Direito, contribuem para o bem-estar social.

O Direito se distingue dos demais instrumentos de controle social sob vários aspectos. Em primeiro lugar apenas ele se subordina ao comando estatal. Embora nem todas as normas jurídicas sejam criadas pelo Estado, haja vista as de procedência consuetudinária, o fato é que ele exerce o controle do Direito, definindo-lhe o sistema, além de promulgar leis. É também o único instrumento que possui a reserva de força como garantia de sua efetividade. Os demais contam apenas com mecanismo de constrangimento psíquico. A teleologia do Direito é a da garantia das condições básicas de convivência social. Ainda que a função do Direito se amplie atualmente para atender ao bem-estar e progresso dos homens, a sua meta básica é de promover a ordem na sociedade, e o valor do justo de que se ocupa é o que diz respeito apenas à essa ordem. O Direito não visa, portanto, a esgotar a potencialidade desse valor nas relações sociais. No convívio social existem, assim, questões de justiça que escapam ao controle das regras jurídicas e se subordinam a outros processos normativos.

Não é pelo conteúdo de suas normas que o Direito se distingue, uma vez que regula um grande acervo de fatos pertinentes, também, à esfera Moral, como os relativos à incolumidade da vida e da liberdade. Há fatos ligados às Regras de Trato Social que, em determinadas circunstâncias, figuram como objeto de normas jurídicas, como as convenções sobre protocolo. Afirmar, como Michel Troper, que *“não existe ação humana que não possa ser regradada pelo direito”*,¹⁴ é incidir em verdadeira heresia jurídica. Cabe à Ciência do Direito, com apoio da Filosofia e Sociologia Jurídicas, redimensionar o campo legítimo de atuação do legislador.

De todos os instrumentos de controle social apenas o Direito apresenta atributividade, que é a sua prerrogativa de conferir exigibilidade. As normas jurídicas tanto quanto as demais espécies impõem deveres, mas apenas aquelas possuem estrutura imperativo-atributiva, isto é, além de definir deveres, atribuem direitos subjetivos. Quem desrespeita a norma moral ou a uma regra de trato social não pode ser compelido autarquicamente a promover reparações. Situação diversa é a do indivíduo que causa danos a alguém, pois o órgão judicial poderá ser acionado pelo lesado e coercitivamente promover o ressarcimento.

Não só o Direito, mas todas as normas de conduta social são dotadas de sanções para a hipótese de quebra de dever. Todavia, a sanção jurídica, diferentemente das demais, atinge o plano material ou de liberdade do indivíduo, enquanto as demais normas alcançam apenas o plano espiritual. A sanção jurídica pode estabelecer a pena pecuniária ou a privativa de liberdade, mas as demais se limitam à censura, reprovação, expulsão do grupo, remorso. As normas jurídicas, em face do princípio da segurança jurídica, estabelecem as sanções que poderão ser aplicadas na hipótese de sua violação. Previamente os interessados poderão avaliar o tipo de sanção incidente e a sua intensidade. Isto não sucede com as demais normas sociais, que não são codificadas. Quem pratica a delação contra

colegas certamente será criticado pelos membros de seu grupo. A reação deste, todavia, geralmente não é previsível.

Desde que a missão do Direito é regular o convívio e prover a ordem social, via de regra as suas normas se referem apenas ao plano externo das pessoas, de tal modo que, uma vez observada objetivamente a conduta exigida, a obrigação estará devidamente satisfeita. Não importa, assim, se o devedor, com má vontade ou revolta, pague ao seu credor. No mesmo sentido as Regras de Trato Social, que se contentam geralmente com a exterioridade da conduta. As regras morais, ao contrário, impõem-se fundamentalmente no plano da consciência. Um exemplo prático esclarece a distinção: se por falta de oportunidade o indivíduo não pratica um delito, não terá cometido infração legal, mas terá capitulado diante das regras morais. Há hipóteses, todavia, em que ao Direito é relevante apurar o plano da intencionalidade e isto ocorre diante apenas de algum fato concreto. O cirurgião, v.g., que leva à morte o seu paciente poderá ou não ter cometido delito. Impõe-se, nessa hipótese, a pesquisa do elemento subjetivo, finda a qual poder-se-á classificar o fato como lícito ou ilícito.

21. A IDEIA DO DIREITO NATURAL COMO DIVISOR DE CORRENTES

Embora tenhamos dedicado capítulos específicos às doutrinas do Direito Natural e do Positivismo Jurídico ao desenvolvermos o estudo *Filosofia do Direito Contemporânea*, julgamos necessárias aquelas noções, ainda que propedêuticas, na fase inicial desta obra. Isto porque carregam consigo ideias básicas, em função das quais se define o perfil do *homo juridicus* e o mérito de questões.

A ideia do Direito Natural, como se verá, constitui um verdadeiro divisor entre as correntes doutrinárias. De um lado, há os juristas que reconhecem a sua existência e, de outro, os que a rejeitam. Aqueles são chamados *jusnaturalistas* e estes, *juspositivistas*. Múltiplos são os fundamentos de uma e de outra corrente; daí, como diz Michel Troper, “é preferível falarmos de *jusnaturalismos* e *positivismos*, no plural”.¹⁵ Entre as mais diversas correntes *jusnaturalistas*, talvez o denominador comum seja o entendimento de que o Direito Natural contém orientação *substancialmente justa*.

A ideia do Direito Natural surgiu com as primeiras reflexões em torno das leis, na Grécia antiga, com Heráclito de Éfeso (provavelmente 535-470 a.C.) e Sófocles (494-406 a.C.). Heráclito sustentava a existência de uma lei universal eterna – o *logos* – responsável pela harmonia entre os opostos e reveladora das normas de conduta. Na conhecida tragédia *Antígone*, Sófocles se refere à existência de leis não escritas, imutáveis, eternas, superiores aos decretos dos reis. Daquela época aos nossos dias, muitas têm sido as concepções em torno desta ordem superior e, em nenhum momento da história, a ideia foi abandonada. Isto se justifica porque a só existência do Direito Positivo implica admitir que não há limites para o Estado na elaboração da ordem jurídica. Como esta conclusão é incompatível com o senso ético, o *homo juridicus* é levado a projetar a esfera do Direito Natural.

Mais no passado do que no presente, muitos pensadores conceberam a ideia de um Direito Natural de origem divina e que seria eterno, imutável e universal. Alguns o identificavam como um conjunto de princípios, enquanto outros iam além e formulavam verdadeiros códigos de Direito Natural. Tal concepção abalou a credibilidade da doutrina, pois, se aquele Direito seria universal e imutável, como se explicar a divergência de pensamento entre os expositores?

O esboço histórico revela três grupos de *jusnaturalismo*, que se diversificam em razão da fonte concebida: o *jusnaturalismo cosmológico*, que deriva o Direito Natural da *ordem natural das coisas*; o *teológico*, para quem ele emana diretamente da vontade divina e o *jusnaturalismo antropológico*, que indica a natureza humana como a

grande fonte, de onde os juristas-filósofos recolhem os princípios, a partir dos quais deverão ser elaboradas as leis.

Na pós-modernidade prevalece o *jusnaturalismo antropológico*. A experiência revela os princípios fundamentais do Direito Natural; para tanto o pesquisador adota o método indutivo. Observando o que há de peculiar na pessoa humana, a sua natureza física e espiritual, seus anseios, instintos, tendências, o investigador infere os princípios pertinentes ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, dentro de uma equação social. Ou seja, *o meu direito termina onde começa o direito do meu semelhante*. O método pelo qual se chega aos grandes princípios é o indutivo; posteriormente, ao se elaborarem os códigos o legislador segue o método dedutivo: dos princípios consagrados conclui as numerosas regras de organização e de conduta social.

A ideia do Direito Natural contribui para o aperfeiçoamento da ordem jurídica e das decisões judiciais, impregnando-as com o justo substancial. Ao elaborar as leis, inspirando-se naquela fonte, o legislador resguarda a dignidade da pessoa natural, tutela os direitos humanos. Especialmente diante das *cláusulas gerais* e dos *conceitos jurídicos indeterminados*, os juízes possuem aberturas para consagrar o princípio da eticidade em suas decisões.

Para a doutrina positivista, por Direito devem-se entender apenas as regras de conduta ou de organização social impostas pelo Estado. Seus adeptos entendem que a propalada ideia do Direito Natural nada mais seria do que um conjunto de princípios de natureza ética, destituídos de poder de coerção. O pensamento positivista considera Direito apenas a ordem institucionalizada pelo Estado. Para ele, nada há de jurídico além dos princípios e normas convencionais. Admitir a possibilidade de ditames superiores seria relativizar o Direito Positivo.

A evolução histórica das instituições jurídicas culmina, no primeiro quartel do século XXI, por apresentar, em nosso país, uma ordem jurídica afinada, de um modo geral, com o *Jus Naturae*. Para esta conclusão, basta a consulta à Lei Maior, que identifica o *princípio da dignidade da pessoa humana* como um dos fundamentos da República. E este princípio tem influenciado a elaboração de leis e de sentenças judiciais. A par deste princípio, os *direitos humanos fundamentais* estão consagrados de um modo satisfatório no elenco dos direitos e garantias fundamentais, *ex vi* do artigo 5º da Constituição Federal. Tais referências indicam a influência do Direito Natural na elaboração da ordem jurídica.

Nos Estados democráticos de Direito, dado o inerente respeito à dignidade da pessoa humana, os juristas não se preocupam tanto em destacar a importância do Direito Natural. Este e seus derivados – *direitos humanos* – são objeto de exaltação notadamente nos regimes totalitários, de exceção, quando os juristas visam a formar uma consciência em torno da ilegitimidade da ordem jurídica, carecedora dos instrumentos básicos da igualdade de oportunidade e de leis substancialmente justas. A consciência formada constitui um passo para a implantação do Estado de Direito.

1 A definição não deve conter o termo do objeto definido, sob pena de se incidir em tautologia. *Definitio per genus proximum et differentiam specificam*. A linguagem da definição deve ser simples, clara e concisa.

2 **Filosofia do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 67.

3 **Filosofia do Direito**. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Sucessor, 1961, 1º v., p. 100.

4 **Razões de Defesa do Direito**. Brasília: Obreira, 1981 – Discurso de Patrono dos Bacharelandos em Direito da Universidade de Brasília, lido em 25 de julho de 1981.

- 5 **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo** Madrid: Editorial Réus S.A. 1925, p. 538.
- 6 Sob o aspecto conceptual, na obra **Introdução ao Estudo do Direito**, capítulo 30, abordo amplamente a temática do *direito subjetivo*.
- 7 Op. cit., v. 2, § 56, p. 271.
- 8 Op. cit., p. 76.
- 9 **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968, p. 254.
- 10 Op. cit., p. 259.
- 11 Op. cit., p. 263.
- 12 *A Conceção Humanista do Direito* é estudada no Capítulo 6, intitulado *Justiça e Segurança Jurídica*.
- 13 **Instituciones de Derecho Civil** Trad. espanhola da 15. ed. italiana. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1967, v. 1, § 1, p. 3.
- 14 Op. cit., p. 87.
- 15 Op. cit., p. 21.

Capítulo 5

DIMENSÃO AXIOLÓGICA DO DIREITO

Sumário: 22. A noção de valor. 23. Valor e ontologia. 24. Direito e valor. 25. Classificação dos valores jurídicos.

22. A NOÇÃO DE VALOR

Pelo fato de o homem não bastar a si próprio, investiga a natureza na busca de objetos que supram as suas carências. Por não se contentar com a satisfação de suas necessidades primárias, concebe inventos e constrói o mundo cultural. Procura adaptar o mundo exterior à sua vida ao mesmo tempo em que cuida de sua própria adaptação à realidade objetiva. Nessa pesquisa de recursos, o homem classifica os objetos em positiva e negativamente valiosos, tanto que favoreçam ou contrariem os fins a que visa alcançar.

Em relação a um objeto, o homem pode emitir juízo de realidade e juízo de valor. Pelo primeiro, o sujeito cognoscente procura conhecer o objeto, inteiran-do-se de suas peculiaridades e características. Ao pesquisador não importa, nesse processo, as reações que o objeto lhe proporciona nem estão em jogo as suas preferências. Há de constatar a realidade tal como ela se lhe apresenta. Conhecido o objeto, é natural que o homem proceda ao juízo de valor, momento em que considera tanto as propriedades ou qualidades que são oferecidas por aquele quanto as suas próprias necessidades. No universo das coisas, segundo García Morente, nada há indiferente para o homem, pois todas possuem valor, positivo ou negativo.¹ Pensamos que a assertiva é verdadeira se considerarmos os interesses do gênero humano, não os do indivíduo concreto. Este, diante de um objeto, pode apresentar três reações distintas: sentimento de aprovação, de rejeição, de indiferença. Um aparelho ortopédico, consultado o interesse do gênero humano, é objeto que encerra valor positivo. Em face, porém, de um indivíduo em particular, que dele não necessita, é algo indiferente.

Embora nos seja familiar a noção de valor, complexa e difícil é a sua teorização, a começar pelo problema de sua definição, que não é possível pelo método lógico, segundo o qual *definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*. Isto porque a ideia de valor é considerada conceito-limite, carecendo de outros conceitos em que se possa fundar. Tanto quanto se diz que “ser é o que é”, pode-se afirmar que “valor é o que vale”, consoante Lotze e Miguel Reale.² O conceito de *ser* e de *valor* são irredutíveis.

Na polêmica sobre o problema da localização dos valores, a corrente do subjetivismo axiológico, defendida por Ortega y Gasset, Meinong, Christian von Ehrenfels, entre outros, sustenta a tese de que *os valores não têm validade por si*, visto que o sujeito atribui significado às coisas de acordo com a reação positiva ou negativa que lhe provocam. Para Ortega, o sujeito confere dignidade ao objeto, atribuindo-lhe valor conforme o prazer ou agrado que lhe traz. Ehrenfels pensa que um objeto é valioso na medida em que o desejamos.

O *objetivismo axiológico*, seguido notadamente por Max Scheler e Nicolai Hartmann, julga que a existência dos valores independe do sujeito, pois prescindem de estimativa ou conhecimento. Os valores teriam existência em si e por si. Para Hartmann, os valores são essências que integram a ordem do ser ideal, existem autonomamente e possuem o caráter de princípios, não dependendo, assim, de realização. Segundo Max Scheler, os valores

independem da variedade de formas de projeção e continuam existindo ainda que as coisas se modifiquem. O valor da amizade não desaparece quando alguém pratica um ato de traição ao amigo. Para Scheler e Hartmann, os valores formam uma ordenação hierárquica absoluta e imutável, que pode ser intuída em um conteúdo apriorístico. A intuição axiológica conduziria a resultados tão categóricos e claros quanto aos da Lógica e da Matemática, mas da mesma forma que as expressões dessas ciências de objetos ideais não são acessíveis à compreensão de todos, há os que não são capazes de atingir a perfeita intuição dos conteúdos axiológicos. Tal concepção à luz do Direito foi criticada por Heinrich Henkel, pois a intuição certa e a hierarquia absoluta levariam à elaboração de sistemas jurídicos homogêneos, mas bastaria um breve estudo comparatista das ordenações jurídicas para se constatar a diversidade das valorações.³

Para que alguém atribua valor a um objeto é preciso que este reúna propriedades que satisfaçam às necessidades daquele. A par de tal entendimento, pode-se cogitar de uma escolha universal de valores, comuns ao gênero humano pelo que este possui de constante, pelo que lhe é próprio. Assim considerando, é inequívoco o caráter absoluto dos valores. Foi sob esse ângulo que García Morente, ao desenvolver a análise ontológica dos valores, afirmou que eles são absolutos.⁴ Para o filósofo espanhol, os valores seriam alheios ao tempo, ao espaço e à quantidade. Ao tempo, porque os valores não se modificariam historicamente, ainda que houvesse divergência de opiniões em épocas diferentes. Dizer, por exemplo, que há ações que foram consideradas justas em uma fase e injustas em outra não seria uma objeção, pois seria o mesmo que se apregoasse que antes de Pitágoras o seu teorema não seria verdadeiro ou que, antes de Newton, não havia a lei de gravidade. Os valores seriam alheios ao espaço, pois não perderiam a sua qualidade com a variação de lugares. Assim, um quadro não poderia ser belo em uma cidade e feio em outra. Em relação à quantidade, os valores também seriam independentes, pois não seria possível contá-los ou dividi-los. Para García Morente os valores não seriam coisas, nem elementos das coisas, nem integrariam a categoria do *ser*, mas do *valer*. Enfim, para ele “os valores são qualidades de coisas, qualidades irrealis, qualidades alheias à quantidade, ao tempo, ao número, ao espaço, e absolutas”.

Entre os caracteres dos valores, a exemplo de Miguel Reale, distinguimos *abipolaridade*, *incomensurabilidade*, *implicação*, *referibilidade*, *preferibilidade* e *gradação hierárquica*. Bipolaridade significa que a cada valor positivo corresponde um negativo: amor e ódio, justiça e injustiça. Incomensurabilidade é a nota que corresponde à não quantificação dos valores, no sentido de que estes não podem ser dimensionados em números. Assim, não há como se julgar que um quadro artístico seja duas ou três vezes belo. A característica de implicação consiste no fato de que os valores se realizam historicamente em um processo que influi na realização de outros valores. A seleção de valores não se faz por acaso, mas de acordo com um sentido ou direção, afigurando-se tal necessidade de sentido ou referibilidade como outra de suas características. Conforme Miguel Reale, os valores são entidades vetoriais, no sentido de que apontam sempre para um determinado fim.⁵ A nota de preferibilidade revela que a escolha ou opção entre valores implica a identificação do sujeito com o objeto valorativo em determinado momento. A adesão a um valor corresponde a um juízo de preferência. Os valores se apresentam ao espírito humano como um leque de múltiplas opções, pelo que impõem a organização de uma ordem de preferência, de uma gradação hierárquica. Esta existe também no mundo do Direito, tanto no que se refere aos valores jurídicos quanto aos valores referidos pelo ordenamento.

Relativamente à classificação dos valores, apresentamos uma listagem genérica elaborada por Max Scheler valores *úteis* (adequado, inadequado, conveniente, inconveniente); valores *vitalis* (forte, fraco); valores *lógicos* (verdade, falsidade); valores *estéticos* (belo, feio, sublime, ridículo); valores *religiosos* (santo, profano); valores

éticos (justo, injusto, misericordioso, desapiedado). Os valores jurídicos foram situados entre os de natureza ética. Ao traçar a hierarquia dos valores, Max Scheler discriminou a seguinte ordem: valores religiosos, éticos, estéticos, lógicos, vitais, úteis.⁶

23. VALOR E ONTOLOGIA

Não estão acordes os filósofos quanto à situação dos valores perante o quadro da ontologia regional, pois enquanto alguns reconhecem a sua autonomia ôntica, outros lhe negam essa possibilidade. Os objetos, materiais ou espirituais, que cercam os homens e envolvem seu pensamento, distribuem-se por faixas ontológicas, que possuem caracteres e métodos próprios.

Ao elaborar o seu quadro da ontologia regional, Carlos Cossio contempla os objetos ideais, naturais, culturais e metafísicos, mas indaga-se: os valores se classificam em uma das categorias ali dispostas ou virtualmente possuem natureza independente, constituindo uma faixa ontológica à parte? Alguns pensadores reduzem os valores à condição de simples componentes dos objetos culturais, sem expressão própria. Tais objetos, que se formam pela atividade humana dirigida, além de determinado suporte corpóreo ou espiritual, reúnem valores. Integrando o mundo da cultura, o Direito apresenta suporte não corpóreo, formado pela conduta social, e valor. Desde que o mundo axiológico pode ser referido como sujeito de um juízo lógico, pensamos que deva ter presença autônoma no quadro da ontologia regional. Em estudo anterior, sob a influência de Recaséns Siches, situamos os valores entre os objetos ideais de conotações próprias.⁷ Sob alguns estímulos, notadamente de Miguel Reale, evoluímos em nossa concepção, reconhecendo, atualmente, plena autonomia nos valores. Não obstante estes se apresentem impregnados nos objetos reais, apenas se projetam e sem exaurimento. Eles não se identificam com as coisas em que se corporificam, apenas se manifestam. Antes de serem consagrados, existem como princípios, consoante as doutrinas de Max Scheler e Nicolai Hartmann. Se há notas comuns entre valores e objetos ideais, nem por isso aqueles se reduzem nestes. A bipolaridade, característica essencial aos valores, é apenas possível entre os objetos ideais e enquanto estes são quantificáveis, aqueles são imensuráveis.

24. DIREITO E VALOR

Que o Direito tem algo a ver com valores é um fato da experiência. A controvérsia surge quando se questiona o grau de importância do valor na formação do *Jus Positum*. As estimativas não apenas fazem parte do Direito como integram a própria vida humana. Se há um compartimento filosófico que se acha profundamente teorizado, mas cuja compreensão se funda na experiência do cotidiano, esse é o do mundo dos valores. O ato de viver implica valorar. Estabelecendo planos de vida, o homem atribui valor às coisas na medida em que, por suas propriedades, satisfaçam aos seus interesses. O ato de viver exige o ato de criação de meios que viabilizem a existência; a criatividade é seletiva, discriminadora, pois o homem procura desvencilhar-se do que lhe parece o *mal* e realizar o que lhe parece o *bem*. A ação humana é busca permanente do positivamente valioso, do que atende às necessidades do ser racional. Nem sempre se logra êxito na procura. Os objetos culturais, que resultam do trabalho do homem realizam sempre valores. Embora estes possam ser negativos, o empenho do homem é no sentido de concretizar os valores positivos, aqueles que suprem as suas necessidades.

Como o Direito é processo elaborado, não produto espontâneo da natureza, o valor é um de seus componentes básicos. É que o engenho humano, como objeto cultural, realiza valor. Parte de um macrojato de vida, o Direito é instrumento de aprovação do bem e de rejeição do mal. Ao disciplinar o convívio social em qualquer aspecto, o

Direito apresenta um juízo de valor. A lei, ao proibir uma conduta, emite juízo de reprovação. O critério da fonte elaboradora assenta-se em base ética. Ao captar a noção de bem no mundo objetivo, onde a natureza humana é dado fundamental, a Moral limita e condiciona a ação do legislador, levando-o a acatar certos princípios. A formação da ordem jurídica, que visa à conservação e ao progresso da sociedade, não se processa aleatoriamente, mas à luz de postulados éticos, e o Direito criado não apenas é irradiação de princípios morais como também força aliciada para a propagação e respeito desses princípios. Nem todos os valores jurídicos dimanam, todavia, da Moral. Valores outros integram a justiça em seu sentido amplo, como os relativos aos esportes, à cultura, à saúde, à produção das riquezas. Tendo em vista que o quadro social é móvel e exige a reformulação jurídica permanente, novas regras de conduta social são cogitadas. O poder elaborador planeja esquemas normativos capazes de manter íntegro o edifício social e, para tanto, mediante reflexão e juízos de valor, impregna a nova realidade jurídica com o sentido do justo. Ainda quando falho o critério da fonte, haverá normas consagrando valores, embora negativamente.

Além de realizar valores, o Direito dispõe sobre valores, isto porque, ao disciplinar as relações de convivência, procura exercer a proteção dos bens que possuem significado para o ser racional. A vida, a liberdade, o patrimônio são valores relevantes para o homem, já que essenciais à sua vida. Eles são valores exponenciais e alvo da maior atenção do homem. Em cada norma jurídica vislumbramos *dupla incidência valorativa*: o valor humano e o jurídico. A norma refere-se a algo que o homem estima e o faz consagrando valores jurídicos, como a justiça e segurança. A seleção dos valores humanos que deverão ser alcançados pelas normas compete à Política Jurídica, mas esta se vale dos subsídios da Sociologia Jurídica e Filosofia do Direito. *Aciência da coletividade* indica *focos de atrito social* à estrutura de poder, enquanto a *scientia altior* do Direito aponta os desajustamentos éticos. Embora qualquer filosofia seja reflexão incondicionada, o legislador parte sempre, em suas investigações éticas, de ideologias que comandam o Estado. A Filosofia do Direito aplicada se apresenta, assim, interligada e dependente da Filosofia do Estado.

Ao tutelar os interesses humanos, as normas podem buscar o bem comum pela proibição de uma conduta que se reconhece perniciosa, ou impondo a realização de um comportamento que se julga necessário. Isto é uma decorrência da característica de bipolaridade, segundo a qual a todo valor positivo corresponde um negativo. O legislador pode empregar uma linguagem onde realce valores positivos e apenas indiretamente exclua, ou condene os negativos. Se o texto legislado dispõe que a liberdade é um direito fundamental e a ser preservado sob pena de determinadas consequências, implicitamente, contém uma regra de proibição. Poderia, diferentemente e como alternativa, referir-se ao valor negativo ou desvalor, vedando expressamente condutas de cerceamento da liberdade. Esta é um valor positivo, enquanto o cerceamento do amplo direito de ir-e-vir é valor negativo ou desvalor.

Tanto os valores jurídicos quanto os tutelados pelo Direito possuem um núcleo imutável e uma parte suscetível de variação e que evolui historicamente. Como o Direito é uma ordem racional que se refere ao ser humano em sociedade e não possui conteúdo puramente convencional, já que expressa fundamentalmente a natureza de seus destinatários, há de apresentar um acervo de princípios, regras básicas e valores permanentes. Paralela e secundariamente, esse substrato jurídico se desdobra em elementos mais específicos, que vão reger diretamente a realidade social. As alterações que se processam no meio social em decorrência dos avanços científicos e tecnológicos impõem uma revisão nos valores sociais. A própria Moral positiva não se acha infensa a transformações. Conforme Evandro Agazzi adverte, a reflexão moral deve acompanhar o surto de progresso, sob pena de não ser tomada a sério.⁸ No âmbito da Moral, o desenvolvimento implica, de um lado, a consideração e análise dos novos fatos e, de outro, a adoção de diversos valores sintonizados com a realidade. O senso moral não pode ficar alheio diante do fenômeno de transplante de órgãos animais, de métodos anticoncepcionais, da

inseminação artificial.

Enquanto o substrato jurídico é imutável, o seu desdobramento é cambiável. A liberdade, como valor humano puro, é categoria permanente e indissociável do ser racional. Em sua concreção, tal valor alcança formas variáveis no tempo e no espaço. Isto ocorre, também, com a justiça, que é o valor máximo do Direito. Há o justo, cujas medidas se modificam de acordo com as altitudes e latitudes, e há o justo absoluto, que, por se referir a fatos não convencionais, que expressam o *natural* existente no homem, apresenta fórmulas tão permanentes quanto a natureza humana.

Os valores se fazem presentes nos sistemas jurídicos por intermédio de normas; emergem-se com os padrões de conduta ou modelos de organização estabelecidos pelo poder. Ao seguir as normas jurídicas, os destinatários destas realizam valores, aqueles que o poder social reconheceu como oportunos ao equilíbrio social. Os valores jurídicos não guardam, todavia, absoluta dependência às normas, visto que se manifestam também em princípios consagrados ao longo dos tempos. Com alguma frequência, os tribunais recorrem aos princípios gerais de Direito na solução de casos. Ainda que se identifique a natureza desses princípios com os do ordenamento jurídico, há de se admitir a hipótese de se recorrer à heterointegração na busca de princípios aplicáveis. E essa ocorre sempre que o sistema não oferece o recurso que se procura. O valor advirá, então, do Direito Natural, Direito Comparado costumes, entre outras fontes.

De acordo com a doutrina de Rudolf von Ihering, ao expor a sua *teoria do fim*, o Direito é teleológico, pois é um mecanismo que se ordena para a realização de fins. Considerada o motor do Direito, a ideia do fim não se confunde com os valores. A ideia do fim constitui apenas uma expressão metodológica, pois corresponde a algo que se acha diferido, não presente e que exige implementação, um *iter* onde se deverá recorrer a meios adequados. E o alvo a ser atingido é representado sempre por um valor. Uma vez eleito o valor fundamental, estrutural, que se erige em fim do Direito, devem ser criadas as estruturas normativas que viabilizarão o desiderato. Na relação entre valores e fins, pensava García Máynez que os primeiros condicionavam os segundos, pois os homens elevam à categoria de *fim* o que estimam valioso.⁹ Tomando-se a paz como o fim do Direito, como concebia Ihering, verificamos que ela é um valor, o qual, uma vez considerado o fim do Direito, pressupõe recursos sociais que induzam a vivência de valores que, no seu conjunto, promovem aquilo a que se aspira, ou seja, a paz.

Os valores fazem parte da essencialidade do Direito. Este logra o seu fim na medida em que contém valores positivos. Em grande parte, a justificação do Direito se faz pela qualidade dos valores que encerra. Divergem, nesse ponto, as versões positivistas. A mais radical, como a assumida por Hans Kelsen com a sua *Teoria Pura*, não procede à análise dos valores, já que o Direito seria uma estrutura normativa a comportar qualquer conteúdo. As correntes espiritualistas reivindicam certos padrões éticos como suposto da legitimidade e validade intrínseca dos ordenamentos.

Objeto de grande questionamento é a chamada lei injusta, cujo estudo, por sua amplitude e complexidade, faz parte do cerne da Filosofia do Direito. Partindo da noção de que o Direito é instrumento para a realização da justiça elevada esta à categoria de elemento essencial, alguns pensadores, de formação jusnaturalista, contestam validade à lei injusta, negando-lhe o selo de juridicidade. O modo como se concebe o Direito é a chave condicionadora da matéria. Se se erige o valor justiça à condição de *meta optata*, não há como se reconhecer validade na lei injusta. O raciocínio há de ser lógico, como lógica é a conclusão de que um objeto deixa de existir como tal no momento em que lhe venha a faltar um componente essencial.

Considerando que o objetivo imediato do Direito é proporcionar à sociedade as condições de equilíbrio ao seu exercício, vemos na segurança o valor jurídico de primeiro grau. A realização da justiça é um anseio, um

complemento da maior importância, que há de ser perseguido permanentemente e que nunca se exaure. Como o quadro social se acha em constante devenir e com ele o ordenamento jurídico, o aperfeiçoamento dos instrumentos do justo é uma busca perene. Para os centros de elaboração de normas jurídicas, tanto a ideia de justiça quanto a de Direito Natural devem figurar como referência nos processos seletivos, influenciando ainda, em consequência, nas etapas de interpretação e aplicação do Direito.

A dimensão axiológica atua, no Direito, como fonte legitimadora, e a sua impropriedade gera problemas de efetividade que, em cadeia de efeitos, podem levar à perda de vigência. Observa-se, pois, que o injusto na lei não implica repúdio imediato. Se assim ocorresse, os sistemas jurídicos seriam vulneráveis, pois a sua validade objetiva dependeria da concordância de seus aplicadores quanto ao seu conteúdo ético. Embora se possa buscar na *ordem natural das coisas* as pautas axiológicas, com transparência de critérios objetivos, é inevitável a divergência nas avaliações. Se o critério do justo pudesse ser aferido mediante esquemas matemáticos, dever-se-ia considerar o valor justiça como elemento essencial ao Direito, com o peso de todas as consequências lógicas.

Dado que o *habitat* do homem é o meio social, ele aspira ao estado de ordem e de justiça. Para obter a concreção de tais valores, em um processo de adaptação extraorgânica, o homem elabora o Direito. Este é um ordenamento cujo escopo é impor a vivência daqueles valores. Tanto os valores jurídicos quanto os da experiência em geral são percebidos nitidamente pelo espírito humano, embora nem todos saibam defini-los.

Enquanto a teorização dos valores é atividade intelectual ao alcance apenas de uma classe de filósofos, os homens atuam e interagem socialmente movidos por pautas axiológicas. O conhecimento que a generalidade dos homens possui é de natureza vulgar, adquirido pela vivência prática e produto da observação. Assim, não há quem não possua as noções de amor e ódio, prazer e dor, justiça e injustiça. Também por experiência, os homens elegem uma escala preferencial de valores. A índole das pessoas, sua personalidade e caráter revelam-se pela seleção e hierarquia de valores. Assim como a personalidade humana é evolutiva, também o é a tábua individual de valores. Esta se modifica também, em certa medida, com transformações que se operam na vida humana.

25. CLASSIFICAÇÃO DOS VALORES JURÍDICOS

Por ser a expressão do *bem* e devido ao seu amplo alcance, a justiça é o valor excelso que há de orientar na elaboração e aplicação do Direito. A justiça substancial, aquela que efetivamente proporciona o seu a cada um, é uma síntese de diversos valores jurídicos. Uma vez alcançada, outros valores se realizam, como a paz social, a liberdade, o bem comum. Com a aplicação da fórmula substancialmente justa não pode haver afronta àqueles outros valores. Tal não ocorre, todavia, em função do valor segurança jurídica que, além de *um saber a que se ater*, proporciona a certeza de que a ordem jurídica contempla os interesses fundamentais da pessoa humana. Atenta contra o valor segurança jurídica o magistrado que, no afã de dar a cada um o que é seu, dentro de uma relação jurídico-processual concreta, abandona o critério legal e julga conforme a sua consciência, ainda que por uma decisão substancialmente justa. Justiça e segurança são os valores jurídicos fundamentais que, uma vez consagrados no ordenamento, dotam o Direito de um indispensável conteúdo ético. Em sua ampla compreensão, a dimensão da justiça não se limita a critérios reguladores de fatos. A ordem jurídica não será justa se omissa diante de questões sociais relevantes ou se deixar de estabelecer estímulos à realização de valores humanos ou sociais.

García Máynez classificou os valores jurídicos em três categorias: a) *valores jurídicos fundamentais*: justiça, segurança jurídica e bem comum, que, em seu conjunto, formam a *ideia do Direito*; b) *valores jurídicos consecutivos*: liberdade, igualdade e paz social; c) *valores jurídicos instrumentais*: valores que permitem a aplicação dos *fundamentais* e *consecutivos*. Nesta última categoria incluiu as garantias constitucionais, que atuam

como instrumento à realização de valores jurídicos de outras espécies.¹⁰

A ideia do bem comum, valor indicado por Tomás de Aquino como a causa final do Direito, é alcançada socialmente quando os membros da sociedade não carecem de recursos, materiais ou espirituais, indispensáveis à sua vida. Para Heinrich Henkel, a ideia do bem comum, que corresponde à regra fundamental de todo ordenamento jurídico, “existe anteriormente à toda conformação jurídica a que serve de diretriz e de convergência”.¹¹ Pensamos que a ideia do bem comum, em certo sentido, acha-se compreendida no conceito de justiça social, valor esse comprometido com a distribuição mais equânime das riquezas.

1 GARCÍA MORENTE, Manuel. Op. cit., p. 294.

2 REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 187.

3 HENKEL, Heinrich. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Madrid: Taurus, 1968, p. 397.

4 GARCÍA MORENTE, Manuel. Op. cit., p. 298.

5 REALE. Miguel. Op. cit., p. 190.

6 *Apud* GARCÍA MORENTE, Manuel. Op. cit., p. 300.

7 **Introdução ao Estudo do Direito**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, § 30, p. 66.

8 AGAZZI, Evandro. **A ciência e os valores**. São Paulo: Loyola, 1977, p. 127.

9 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Filosofía del derecho*. 2. ed. México: Editorial Porrúa S.A. 1974, p. 414.

10 GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Op. cit., p. 439.

11 HENKEL, Heinrich. Op. cit., p. 612.

Capítulo 6

JUSTIÇA E SEGURANÇA JURÍDICA

Sumário: 26. Considerações prévias. 27. Acepções do vocábulo Justiça. 28. Justiça, Direito e Moral. 29. Justiça e Religião. 30. Noção e espécies de Justiça como valor jurídico. 31. Regras de Trato Social como prática do justo. 32. O princípio da dignidade da pessoa humana. 33. Equidade. 34. John Rawls e a Justiça equitativa. 35. Segurança jurídica. 36. Concepção humanista do Direito.

26. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Podemos colocar em dúvida se a ideia de justiça é um dado essencial à noção de Direito; não, todavia, em relação à Filosofia do Direito, da qual constitui objeto de grande abordagem. No plano conjectural, esta disciplina *rectrix* se esvazia de conteúdo se o pensador a exercita com abstração daquele valor excelso.

O significado do valor justiça para o Direito não é idêntico para os juristas-filósofos em geral. O de formação idealista tende a situar a justiça como a causa final do Direito. Este seria conjunto de normas impostas pelo Estado para a realização do justo. Destarte, se o ordenamento não se harmoniza com o grande valor, ter-se-á lei e não Direito.

Em contrapartida, o *homo juridicus* de inclinação positivista identifica o *Jus* com os modelos normativos, independentemente de seu conteúdo axiológico. Ou seja, haverá Direito ainda que a lei se revele injusta. Em sua análise, relevante para o jurista é a constatação da constitucionalidade e ausência de qualquer outro vício da lei, para que esta se apresente como Direito. Contenta-se, pois, com a realização do valor segurança jurídica, considerado este tão somente como um *saber a que se ater*.

Desde o início da vida gregária, o sentimento de justiça acompanha os seres humanos. A convivência sempre exigiu a prática do justo, ainda quando se concebia este valor equivocadamente, à vista da sensibilidade ética e dos padrões atuais. Pensava-se que o instituto da escravidão, a discriminação contra a mulher e os estrangeiros, a Lei de Talião, correspondiam ao ideário do justo.

A noção de justiça traz em si o princípio da *alteridade*, pois ser justo consiste em praticar a conduta devida em face de alguém. Como anotava Aristóteles, em **Ética à Nicômaco**, duas são as pessoas envolvidas na prática da justiça e dois os objetos distribuídos.

Se a justiça é a *meta optata* do Direito, seu grande alvo, não constitui, entretanto, um valor exclusivo deste instrumento de controle social. A *segurança jurídica* é, também, importante valor a ser consagrado pelo legislador e considerado nas decisões judiciais. Cumpre à Filosofia do Direito, conforme anteriormente salientado, buscar a harmonia entre ambos e, não sendo isto possível, orientar quanto à prevalência à vista dos casos concretos.

27. ACEPÇÕES DO VOCÁBULO JUSTIÇA

Na terminologia jurídica a palavra *justiça* constitui um termo análogo, pois se aplica em dois sentidos afins: de um lado, como valor a ser realizado nas relações interindividuais sob o comando da lei; de outro, como órgão público

responsável pela aplicação do Direito aos casos concretos. Neste sentido, na mitologia grega havia a deusa da Justiça *Diké*, filha de Zeus e Themis, simbolizada por uma estátua em que se apresenta sustentando na mão esquerda uma balança, onde o equilíbrio dos pratos revela a precisão do julgamento; na mão direita uma espada, sinal da força como garantia do cumprimento da decisão; os olhos bem abertos indicavam a procura da verdade. Na simbologia romana, a deusa *Iustitia*, a expressar a imparcialidade das decisões, se apresentava com os olhos vendados.

Embora mais associado à esfera jurídica, o valor justiça diz respeito, ainda, a outros instrumentos de controle social, como a Moral, a Religião e as Regras de Trato Social. A ideia do justo se encontra enraizada em todas as sociedades civilizadas e a ação do tempo é no sentido de adaptá-la aos avanços sociais, aperfeiçoando-a também na medida em que se reconhece a extensão da *dignidade da pessoa humana*. Em realidade, as sociedades são civilizadas quando seus membros e instituições se orientam em conformidade com a noção mais elevada de justiça.

28. JUSTIÇA, DIREITO E MORAL

Não pode haver o justo divorciado da moral, nem ações morais que não sejam substancialmente justas. As noções de justiça e moral são indissociáveis. A moral constitui uma ordem que se identifica com o *bem*. Este é o seu valor e sua causa final. A noção de bem não é unívoca entre os filósofos. Foi identificada, na Grécia antiga, pelos epicuristas, como tudo aquilo que proporciona prazer à pessoa, enquanto para os estoicos o bem consistia na resignação, no desprendimento, na superação das paixões.

Como os valores em geral, a ideia de bem não é definível à vista da lógica formal. A noção geral que encerra, pensamos, consiste na promoção da pessoa natural em seu mais amplo sentido, sem prejuízo do semelhante. Se determinada prática favorece a pessoa sem restrições e não se revela nociva ao semelhante, participa, naturalmente, da noção de bem. Quando a ação proporciona sensações agradáveis, mas causa danos à saúde, não configura o bem, pois desestabiliza a pessoa em um de seus valores básicos. Se uma iniciativa harmoniza os diversos interesses do indivíduo, ela não chega a configurar o bem quando se contrapõe a interesse legítimo do semelhante.

Enquanto a justiça requer alteridade, pois somente se é justo em face de outrem, na moral ela pode estar ausente, pois há os deveres da pessoa para consigo, como o de preservação da saúde e conservação da vida.

As noções de justiça e moral se confundem, ou são distintas? A justiça se fundamenta na moral ou constitui a medida deste instrumento de controle social? Inegavelmente o âmbito da moral é mais extenso do que a esfera do justo, pois, além de formar o conteúdo deste valor, alcança a pessoa natural também fora do contexto social, em sua individualidade. Ambas, porém, possuem domínio mais amplo do que o Direito, que se contenta com o *mínimo ético*, ou seja, com o mínimo de moral necessária ao bem-estar social.

Recorrendo-se à geometria, tem-se que o círculo maior corresponde à Moral, enquanto o menor, ao Direito. Todavia, tais círculos não são concêntricos, pois nem todos os fatos alcançados pela Moral são regulados pelo Direito e vice-versa. Dado o nível de conexidade entre as duas esferas da Ética, os círculos correspondentes são *secantes*: cada qual possui um domínio exclusivo e uma faixa comum.

A justiça, diversamente da moral, se caracteriza na conduta adotada, seja esta uma ação ou omissão. Revela-se no *forum externum*, no âmbito da conduta materializada. Ainda que bem intencionado o agente, o seu comportamento se qualifica como injusto quando se distancia dos critérios legais e impõe danos a outrem. Já a avaliação moral se orienta pelo *forum internum*, de acordo com o desejo íntimo do autor da conduta.

A Moral contribui na elaboração das normas jurídicas, influenciando o seu conteúdo valorativo. Para c

positivismo radical o Direito independe da Moral e o juiz, ao aplicar as normas jurídicas nos casos concretos, não deve se reportar aos princípios morais. Os argumentos éticos seriam irrelevantes na solução dos problemas. Nunca é demais se invocar a lição de Giorgio del Vecchio, aplicável às relações entre o Direito e a Moral: *há conceitos que se distinguem, mas que não se separam*.

Na formação das leis, o legislador, além de selecionar os fatos a serem regulados, há de considerar os valores na definição das normas. O valor é a medida a ser considerada na escala entre o bem e o mal, o proveitoso e o inútil, o saudável e o nocivo. Na seleção dos valores, o legislador há de consultar a experiência social, suas tradições, seus costumes. Especificamente ao se posicionar na escala entre o *bem* e o *mal*, necessariamente há de consultar a moral social e, também, a moral natural. Aquela se compõe das estimativas presentes na consciência popular, variável, conseqüentemente, no tempo e no espaço. A moral natural retira seus princípios da *ordem natural das coisas*, considerando as condições da vida do ser humano e da natureza em geral. Se a sociedade registra uma decadência em seus costumes, caberá ao legislador, em lugar de absorver os valores consagrados, influenciar as mudanças na moral social a fim de ajustá-la à moral natural.

Na aplicação da ordem jurídica aos casos concretos, dada a abstratividade das normas e ao fato de que, ao julgar, cumpre-lhe considerar a ordem jurídica como um todo e não as leis isoladamente, os juízes dispõem, quase sempre, do poder de solucionar as questões em conformidade com os imperativos de justiça e estes se apresentam sempre com um conteúdo moral. A *lógica de lo razonable*, de Recaséns Siches, contribui para a solução justa dos casos.

29. JUSTIÇA E RELIGIÃO

O mundo da natureza, formado pela materialidade orgânica e inorgânica, sujeita às leis regidas pelo princípio da causalidade, não satisfaz à totalidade das necessidades das pessoas naturais, que, cientes de suas carências, criam o mundo da cultura, constituído por objetos corpóreos e incorpóreos, em uma ação destinada a adaptar a realidade exterior às suas necessidades primárias e secundárias; aquelas, voltadas à sobrevivência e estas, ligadas à ordem, à satisfação espiritual, ao conforto. O mundo da cultura, no qual se insere o Direito, a Moral, as Regras de Tratado Social, se forma sob o impulso do princípio da finalidade; cada iniciativa criadora se explica por uma ideia de fim a ser alcançado.

E a Religião, também se insere no mundo cultural? É criada pelos seres humanos, visando a suprir suas lacunas espirituais? A resposta depende da visão do *homo religiosus*, pois não há uniformidade de pensamento a respeito. Se concebemos os princípios fundamentais da cultura religiosa como *revelação*, algo descoberto pela crença, havemos de concluir que a Religião se localiza na esfera metafísica. A doutrina religiosa seria um desdobramento da verdade revelada.

A Religião, todavia, por outra corrente doutrinária, é considerada criação humana, hipótese que a situa no mundo da cultura. Dentro desta perspectiva de pensamento, a angústia existencial, a desigualdade e os sofrimentos terrenos induziriam a humanidade a formular uma resposta confortadora, capaz de conciliar os espíritos e a aceitar, resignadamente, seu próprio destino.

Independente da conclusão em torno daquelas indagações, o certo é que a Religião, por suas numerosas seitas e crenças, orienta o comportamento segundo a ordem moral. A paz de espírito, a harmonia social e a felicidade supraterrânea seriam alcançadas com a prática do *bem*. Além de orações – diálogos com o Criador –, o pensamento religioso induz o respeito ao semelhante e às instituições sociais. Nesta perspectiva, a Religião encontra na Moral uma grande fonte de subsídios e esta, um forte argumento para se impor às consciências.

Como a noção de bem é captada na ordem natural das coisas, considerando-se a natureza e a condição humana, a interpretação que dela se faz não é unívoca. Varia no tempo e no espaço. Para o catolicismo, por exemplo, contraria a noção de bem o controle de natalidade por meios artificiais, opinião não compartilhada pela generalidade das crenças e seitas.

Com fundamento na ideia de bem, a Religião se posiciona diante do justo, orienta a conduta, condena certas práticas. O sacerdote e o pastor, em suas preleções, com a interpretação em torno do bem, influenciam os indivíduos, as famílias, os grupos sociais em geral, contribuindo, assim, para a prevalência da justiça nas relações.

A Religião pode contribuir ao aperfeiçoamento das leis, como via de regra ocorre, mas também criar obstáculos ao avanço das instituições jurídicas. Em nosso país, o Direito de Família se manteve retrógrado durante boa parte do século XX, graças à pressão da Igreja que, pretendendo tutelar o matrimônio, combateu a instituição do divórcio, resistiu à inovação de se criarem outras entidades familiares, como a união estável, e impediu o reconhecimento da igualdade de direitos entre os filhos.

Embora a ciência contemporânea distinga os diferentes instrumentos de controle social, tal compreensão não repercute na prática de todos os povos. Em determinadas culturas, a Religião ainda domina a organização social.

30. NOÇÃO E ESPÉCIES DE JUSTIÇA COMO VALOR JURÍDICO

A ideia em torno da justiça nas ações humanas surgiu na Antiguidade, a partir do momento em que os nossos ancestrais tomaram consciência de sua individualidade, distinguindo as coisas que lhe eram próprias das pertencentes a outrem. É natural, instintivo no ser humano, a avaliação das condutas, das práticas sociais, à luz da experiência e da razão, aprovando-as, ou censurando-as, tomando por referência a ideia de bem, que lhe é imanente.

A neutralidade diante de fatos relevantes é incomum e configura estado de alienação. Esta indiferença praticamente inexistente quando os fatos tocam, diretamente, aos interesses da pessoa. Quando está em jogo uma causa social, a falta de espírito comunitário leva à apatia, à omissão.

A justiça é referência, objeto de busca ou de discussão, não apenas quando se consideram os bens materiais, a sua distribuição, mas diante dos amplos e diversificados interesses das pessoas.

Justiça é um tema inexaurível, sempre atual e que, ao longo dos tempos, desafia as reflexões e assertivas dos filósofos. Embora o homem comum não desenvolva reflexões sistemáticas em torno do tema, possui algo precioso que é o *sentimento do justo*, pelo qual procura guiar-se e avaliar as condutas. Não se confundem o sentimento e a ideia do justo. Aquele é intuitivo, espontâneo, cultivado a partir dos primeiros anos de vida, já a ideia de justiça é resultado de reflexões, para as quais se conjugam a experiência e a razão.

Tão elevado o significado da justiça para os membros da sociedade que estes, diante de uma conduta injusta e nociva ao semelhante, são capazes de reagir solidariamente e de forma imprevisível. Crimes que abalam comunidades despertam--lhes reações de várias intensidades: ora são as passeatas com cartazes, ora com medidas hostis como a de paralisação do trânsito, às vezes chega-se à exacerbação de atear fogo em repartições policiais. Com as medidas hostis, os agentes incidem em contradição: agem em função de um sentimento nobre de justiça, mas praticando conduta reprovável, injusta, passível de penalização. Vê-se, pois, que não basta o sentimento ou instinto de justiça; é indispensável a educação ou condicionamento para a prática do justo.

Pode-se afirmar que a justiça constitui condição essencial para o bem-estar das pessoas, daí a necessidade de se envidarem todos os esforços, intelectuais e práticos, para a sua prevalência. Moralmente é tão indispensável quanto o ar atmosférico o é para a conservação da vida.

Como a todo valor positivo corresponde um negativo ou desvalor, a *injustiça* é a prática contrária à justiça. Avaliada sob este plano, a conduta pode ser classificada como justa ou injusta, pois não há meio-termo. O valor justiça não comporta níveis quantitativos, diversamente da injustiça, que admite graus de intensidade.

Além da justiça humana, fala-se na *justiça divina*, força superior capaz de interferir nas relações de vida. É um recurso invocado pelo *homo religiosus* quando a justiça humana se revela falha ou insuficiente para dar o seu a cada um. É um conforto espiritual para quem se vê prejudicado pela instância humana.

Continuamos convictos de que a fórmula romana de Justiça – *dar a cada um o que é seu* – constitui a melhor síntese da noção do justo. *Suum cuique tribuere* é um critério perene, definitivo, porque se abstrai do seu de cada um; não define nem indica o quinhão a ser dado ao outro. Cabe aos juristas-filósofos transformar o abstrato em concreto e dizer, em cada caso, o que é o seu de cada um.

A *Institutionum D. Iustiniani* se inicia com a definição de Justiça, consagrando aquela fórmula subjetivamente, como virtude humana: “*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*” (“Justiça é a constante e firme vontade que dá a cada um o seu direito”). Vê-se, pois, que o elemento-chave da noção se reduz ao pronome possessivo “seu”, que não se identifica por um critério único. Ora implica *igualdade*, ora *proporcionalidade*. Ser justo é tratar, igualmente, a todos que se encontram na mesma situação. Os quinhões devem ser distribuídos proporcionalmente, porém, na medida em que se diversificam as condições das pessoas a quem se pretende fazer justiça. A ideia de quinhão é ampla: pode ser a remuneração, a pena privativa de liberdade, o prêmio, a repreensão, uma assistência jurídica, um tratamento médico-hospitalar, uma pensão etc.

Quanto mais a sociedade se desenvolve e ganha em complexidade, seja pela crescente densidade demográfica, avanços científicos e tecnológicos, desafios são lançados ao legislador, cuja missão é buscar novas fórmulas que garantam a distribuição da justiça. A economia possui uma grande presença nas leis e, consequentemente, se acha regulada conforme os princípios de justiça. Para o marxismo, a economia compõe a infraestrutura social, que determina a superestrutura, formada pelo Direito, Moral, Política e demais processos culturais. Esta visão, porém, é unilateral ou reducionista, pois o Direito nem sempre é resultante da economia. Ao lado desta atuam diversos fatores, como a moral, a educação, a ideologia entre outros. Em contrapartida, o próprio Direito constitui instrumento utilizado pelo Estado para direcionar a economia. Serge-Christophe Kolm enfatiza a presença da economia na teoria da justiça contemporânea: “... a moderna teoria da justiça é o produto da necessária nova aliança entre a economia e a filosofia. É possível concebê-la como uma mente filosófica em um corpo econômico – e uma mente sem corpo é tão irreal, ou pelo menos tão impotente, quanto pode ser perigoso e desarticulado um corpo sem mente.”¹

A justiça é importante não apenas para o Direito e todos os segmentos da sociedade, como também para outras ciências humanas, como destaca Serge-Christophe Kolm: “A justiça é o verdadeiro tema do direito, uma preocupação central da política, um tópico essencial da sociologia e da psicologia.”² Se a justiça é da maior importância para o ser humano, natural que todas as ciências que dele se ocupem dispensem a sua atenção para esse valor excelso.

O quinhão a ser conferido pode contemplar a *capacidade*, o *mérito* ou a *necessidade*. A primeira diz respeito à aptidão para o desempenho de funções, a produtividade; o mérito é pertinente ao valor pessoal, como ao de um herói que inscreveu seu nome na história e constitui um exemplo de bravura e combatividade; a necessidade diz respeito à *justiça social*. Esta deve estar sempre presente onde há carência de recursos, cabendo à União, aos Estados e Municípios a sua implementação. De importância crescente neste início de milênio, a justiça social, por

seu significado, extrapola os lindes de cada país isoladamente, para ser considerado como prática devida entre Estados soberanos. A solidariedade entre os povos deve prevalecer, tais as desigualdades existentes. Ao lado de nações ricas e poderosas, outras há em desenvolvimento e cujas populações, em sua grande maioria, vivem aquém da linha de pobreza. Para a superação de tal estado não bastam as ajudas eventuais dos Estados desenvolvidos nem as iniciativas de organizações não governamentais. É indispensável a atuação permanente de entidades supraestatais, tanto na elaboração de projetos como na sua agilização.

Na justiça entre particulares deve haver a igualdade entre o quinhão que se dá e o que se recebe. Tal espécie de justiça é denominada *comutativa*. Mais presente nas relações de compra e venda, quando o preço corresponde ao valor do objeto, deve estar na generalidade dos contratos, como na locação, permuta, prestação de serviço, empreitada. Malgrado a liberdade para a celebração de tais negócios jurídicos, o ordenamento civil impõe a boa-fé em todas as etapas contratuais. Diz-se que a justiça é *distributiva*, quando o Estado participa em um de seus polos, impondo encargos, ou atribuindo vantagens. A justiça aplicada no âmbito criminal integra esta espécie. *Geral* é a modalidade atribuída a Tomás de Aquino, segundo a qual os particulares contribuem para o bem comum de acordo com parâmetros fixados em lei, daí ser chamada também de *legal*. O quinhão dos indivíduos é definido de acordo com as suas possibilidades. É a justiça que alcança determinados tipos de tributos e serviços, como a prestação do serviço militar.

Semelhante à distinção entre a justiça humana e a divina é a que envolve a justiça *convencional* e a *substancial*. A primeira é de natureza histórica e tem por fundamento critérios consagrados pela sociedade, em lei ou costumes, enquanto a segunda toma por referência outro parâmetro: a noção mais elevada de bem ou a ordem natural das coisas. O normal é a harmonia entre as duas espécies, mas nem sempre a justiça convencional se revela substancialmente justa, daí a necessidade de seu aperfeiçoamento mediante adoção de novas e aperfeiçoadas fórmulas. A dicotomia se mostra mais problemática, quando a fórmula do legislador atenta contra a justiça substancial, abrindo-se na doutrina jurídica, basicamente, duas correntes: uma de índole positivista, que preconiza indiscriminadamente a aplicação da lei; outra, de matiz espiritualista, que nega a validade dos estatutos contrários à justiça substancial.

31. REGRAS DE TRATO SOCIAL COMO PRÁTICA DO JUSTO

Alguns autores negam a existência de um *tertium genus* ao lado do Direito e da Moral, mas prevalece o reconhecimento da autonomia das Regras de Trato Social, designadas também por *Convencionalismos* ou *Usos sociais*. Enquanto o Direito visa à realização do *justo* e a Moral, à do *bem*, as Regras de Trato Social têm por fim o *aperfeiçoamento das relações sociais* e tornar mais agradável a vida em sociedade. São as regras de cortesia, cerimonial, protocolo, educação, etiqueta, moda, entre tantas outras.

Embora admita o terceiro gênero, Reinhold Zippelius, ao chamar a atenção para a existência de características exclusivas do Direito, como a coação, alude às esferas da Moral e das Regras de Trato Social como *regras comportamentais não jurídicas*.³ A observância de tais regras às vezes se impõe na própria execução das obrigações. O bem-estar social depende tanto deste terceiro gênero que os Estados, ainda que bem organizados constitucionalmente, com os direitos humanos devidamente salvaguardados, podem não proporcionar um ambiente saudável nas relações sociais; isto porque a ordem jurídica nem tudo prevê com clareza e suficiência. Quando isto ocorre, a plenitude da justiça passa a depender, também, do discernimento, compreensão, formação ética e educação das partes envolvidas. Zippelius destaca a importância das regras comportamentais não jurídicas: “É um

*truísmo a ideia de que se possa viver em um Estado ruim – ainda que sob uma Constituição que contenha muitos princípios do Estado de Direito Social – e em um bom Estado – ainda que sob uma Constituição pobre, talvez até não escrita – tudo dependendo da medida em que a tolerância, a honestidade e a autodisciplina sejam praticadas pelos políticos e cidadãos.”*⁴

32. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No último quartel do século XX, com a promulgação da Constituição Federal, as instituições nacionais foram revigoradas eticamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, erigido como um dos fundamentos do Estado brasileiro e, por extensão, do Estado Democrático de Direito. Tanto o Estado quanto o Direito têm a pessoa humana como princípio e fim. As instituições devem ser organizadas, tomando-se por paradigma o ser dotado de razão. Para bem conhecer a missão do Estado e do Direito mister se faz conhecer a pessoa humana, a dignidade que lhe é inerente.

No conjunto dos princípios jurídicos, inclusive dos constitucionais, a prevalência há de ser o da *dignidade da pessoa humana*. Na perspectiva do pensamento de Robert Alexy, os princípios constituem *mandamentos de otimização*, pelo que devem ser satisfeitos de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. O limite da aplicação dos princípios *é determinado por princípios e regras colidentes*.⁵ Na *ponderação dos interesses*, há de prevalecer os princípios e normas que promovem a dignidade da pessoa humana.

A *dignidade* constitui uma síntese de valores éticos, capaz de dar sustentação à pessoa humana, permitindo-lhe a realização de suas potências ativas. A pessoa, como vimos reiterando, constitui o princípio e o fim do Direito, que deve ser moldado de acordo com a natureza humana. Isto quer dizer, também, que as instituições devem promover a pessoa humana e não permitir a sua coisificação. Emmanuel Kant, ao considerar a natureza racional como “*fim em si mesma*”, enuncia como princípio objetivo universal, do qual devem originar as leis da vontade, o imperativo prático: “*Procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como puro meio.*”⁶

Destarte, a dignidade pressupõe respeito à vida em todos os seus aspectos, à liberdade em suas diversas formas de expressão (liberdade de ir e vir, liberdade religiosa, política, ideológica, entre outras) à honra, à igualdade de oportunidade. A discriminação, de qualquer espécie, é antijurídica, pois atenta contra o princípio da igualdade. O Estado brasileiro não comporta preconceito por motivo de origem, raça, sexo, cor, crença religiosa, idade, opção sexual, ideologia. A Lei Maior dispõe a respeito no artigo 3º, inciso IV.

Ao elaborar as leis, o legislador deve estar atento ao princípio da dignidade da pessoa humana, considerando-o um limite à sua liberdade de organizar instituições e dispor sobre as relações sociais. Cabe ao intérprete, também, o zelo na preservação do princípio, de tal sorte que a sua leitura das leis não considere a presença na ordem jurídica de qualquer preceito em desarmonia com o princípio. Admite-se, todavia, a *preponderância de interesses*, como se verifica nas legislações que preveem a castração química como penalidade a ser aplicada a condenados por pedofilia. A fim de se preservar a dignidade às vítimas em potencial, pratica-se uma lesão que, isoladamente, configura atentado à dignidade.

O princípio da dignidade se aplica a todas as pessoas, inclusive às que se encontram nos presídios, aguardando julgamento ou já condenadas. A pena privativa de liberdade, desde que decorrente do devido processo legal, não atenta contra o princípio, pois se justifica na proteção da sociedade, na recuperação moral do preso e se fundamenta na própria Lei Maior.

A segregação, em nome da lei, não autoriza os maus tratos, a submissão à condição sub-humana. Ainda que na prática o cumprimento da pena não leve à ressocialização, é antijurídica a imposição de qualquer sacrifício adicional aos presos. Se a pena é de reclusão, o seu cumprimento deve limitar-se à privação da liberdade. Nada justifica a extrapolação, nem a superlotação das penitenciárias. Cabe aos Estados o dever de construir presídios, projetando-os de acordo com a sua destinação. Não se preconiza qualquer privilégio, apenas o tratamento em conformidade com a ordem jurídica e nos limites do decreto judicial.

33. EQUIDADE

O vocábulo equidade provém do latim *aequitas*, que significa *igualdade*, sentido conservado na linguagem comum, especialmente quando se reivindica paridade de tratamento. É comum, também, o seu emprego como abrandamento do rigor da norma jurídica. Não necessariamente, pode ocorrer de o julgador, ao adaptar a norma às exigências do caso singular, aplicá-la com abrandamento de rigor, mas nem por isto a suavização do impacto integra a noção de equidade. Dentro desta perspectiva, costuma-se dizer que a *aequitas* constitui a justiça temperada pela misericórdia. Há juristas-filósofos, como Javier Hervada, que identificam a equidade como a harmonização da justiça com os valores *solidariedade, caridade, misericórdia*.⁷ Esta ideia, entendemos, integra a instância religiosa, mas não faz parte do Direito.

Na acepção técnica, equidade consiste na prática da justiça resultante da liberdade conferida ao julgador, por lei, para adotar a fórmula mais adequada ao caso *sub judice*. O juiz atua como se fora o legislador, não podendo, todavia, decidir *contra legem*. O princípio da eticidade – um dos pilares do novo Direito Civil – atribui ao juiz um papel ativo na apreciação dos casos. Quando a lei apresenta as *cláusulas abertas* caberá ao julgador esse amplo poder.

A relativa liberdade do juiz, implícita na ideia de equidade, traz consigo um coeficiente de incerteza quanto ao ordenamento vigente e conteúdo das decisões a serem proferidas. Tal contingência, como observa Chaïm Perelman, dificilmente é aceita “*por mentalidades de perfis mais científicos e especialmente para os lógicos*”.⁸ A atitude é típica do raciocínio positivista extremado que, em seu apego ao valor segurança jurídica, não se rende aos imperativos de justiça.

Aristóteles, com sabedoria, comparou a equidade à régua de Lesbos que, diferentemente da régua de ferro, era flexível, amoldando-se à irregularidade do relevo. Na equidade, o juiz executa tarefa semelhante, pois amolda as normas jurídicas às características dos casos particulares, atentando para os aspectos singulares.

Enquanto equidade significa a *justiça do caso concreto*, o vocábulo *equitativo* corresponde à concreção da equidade.

De um modo geral, as normas jurídicas, dado o seu caráter abstrato, contêm fórmula que atinge uma generalidade de casos, que, apesar de possuírem denominador comum, se desassemelham em alguns pontos. Em consequência, para alguns casos as normas revelam plena adequação e, para outros, se mostram impróprias, injustas. A aplicação pura e simples da norma, sem qualquer adaptação, muitas vezes redundaria em injustiça para alguns casos, pois “*summum jus summa injuria*”, como ensinavam os romanos.

A equidade favorece a aplicação da justiça substancial. Não é a *generalidade* da norma jurídica que induz à prática da equidade, como equivocadamente expõem alguns autores.⁹ Tal característica indica apenas que as normas se aplicam a todos que se encontram em igual situação, enquanto *abstratividade* consiste em compor a norma com o menor número possível de particularizações, a fim de que possa alcançar maior extensão, isto é, um

contingente maior de situações. Neste alargamento descritivo da hipótese normativa é que reside a causa indutora da decisão por equidade.

O julgamento por equidade é especialíssimo e se limita às hipóteses relacionadas no ordenamento. As questões afetas, por exemplo, à guarda de menores se sujeitam à ampla apreciação do magistrado, que deve fundar o seu julgamento nas exigências do caso concreto, considerando sempre a melhor conveniência da criança ou do adolescente.

Ao aplicar a equidade o juiz deve se apoiar em princípios, assentados no Direito ou na Moral, e não em caprichos ou meras preferências.

Ligada à justiça comutativa em geral é a aplicação pelos tribunais da cláusula *rebus sic stantibus*, pela qual a mudança, na fase de execução dos contratos, das condições existentes à época da formação destes, autoriza a revisão contratual, reajustando as obrigações assumidas, a fim de adequá-las à vontade inicial das partes. Tal prática configura a equidade, pois garante o equilíbrio dos negócios.

O Estado Democrático de Direito, que se apoia na divisão e equilíbrio entre os Três Poderes, não autoriza a fórmula do *Estado sem lei*, preconizada por Platão e, posteriormente, abandonada diante do convencimento de que não haveria na sociedade juízes sábios em número suficiente ao volume de casos. A dificuldade maior não seria esta, mas a necessidade imperiosa de a ordem jurídica oferecer *segurança jurídica* à sociedade.

Ao longo da história, a partir do século XIX, com a doutrina do Direito Livre, correntes hermenêuticas vêm se manifestando a favor de maior liberdade para os juízes, especialmente nas questões que envolvem a justiça social. Preconiza-se para o magistrado o poder de decidir favoravelmente aos mais fracos, ainda *contra legem*. Na atualidade, esta linha de pensamento é desenvolvida pelo chamado *uso alternativo do Direito*, que tem em Hamilton B. de Carvalho, em nosso país, o seu principal corifeu. O Direito, exposto em suas diferentes formas de expressão, é considerado uma imposição da ideologia dominante e revela os interesses predominantes na sociedade. Tal orientação não pode ser identificada como prática da equidade, uma vez que reivindica a justiça ainda contra a lei. O uso alternativo do Direito, também denominado Direito Alternativo, se funda em filosofia idealista, mas sem apoio na Ciência em geral. Em um Estado Democrático de Direito as grandes transformações não podem advir do Poder Judiciário, que carece de legitimidade para as reformas; hão de ser de iniciativa do Poder Legislativo e na forma constitucional.

A expectativa por um judiciário sintonizado com os anseios políticos da sociedade, em que o papel a ele reservado não é de mero aplicador da ordem jurídica, mas de um de seus artífices, leva juristas da estirpe de Boaventura de Sousa Santos a verem na atuação desse poder, especialmente em alguns países latino-americanos, uma *contrarrevolução jurídica*. O ativismo conservador consistiria, conforme o jurista português, “*em neutralizar, por via judicial, muito dos avanços democráticos que foram conquistados ao longo das duas últimas décadas pela via política, quase sempre a partir de novas Constituições*”.¹⁰ Considerando alguns casos levados aos tribunais, como o de anistia dos torturadores envolvidos no Movimento de 1964, a criminalização de membros do Movimento Sem Terra, ações judiciais pendentes de reconhecimento do acesso à educação de negros e índios, Boaventura de Sousa Santos vê o judiciário brasileiro comprometido com o ativismo reacionário impeditivo da efetividade e eficácia dos princípios constitucionais. A inclusão do Judiciário brasileiro, na propalada contrarrevolução, é manifestamente precipitada, pois se apoia em casos isolados, sem liames ideológicos e sem a necessária fundamentação.

34. JOHN RAWLS E A JUSTIÇA EQUITATIVA

A *teoria da justiça equitativa*, desenvolvida pelo norte-americano John Rawls (1921-2002), difere da generalidade das abordagens relativas à causa final do Direito, pois não se aplica às relações interindividuais, aos fatos do cotidiano, mas às *instituições sociais mais importantes*. A sua teoria está voltada à *justiça distributiva*, pois estuda os parâmetros a serem considerados na atribuição de direitos e deveres pelos organismos sociais. O foco de seu estudo concentra-se na constituição política e nas disposições sociais e econômicas mais relevantes, enquanto as desigualdades sociais são questionadas com sólido embasamento filosófico.

Na observação de analistas, John Rawls teria harmonizado duas alas do liberalismo político: a das liberdades individuais e a dedicada à redistribuição dos bens no meio social. Esta perspectiva de estudo tem a ver com a sua experiência docente na Universidade de Harvard, onde lecionou Filosofia Política. A partir da obra *Uma Teoria da Justiça*, lançada em 1971, John Rawls se impôs no cenário internacional como um dos poucos filósofos políticos de destaque no século XX. Posterior àquela obra, publicou **O liberalismo político**, onde revisou a doutrina exposta na primeira obra e aprofundou em seus argumentos.

Em sua **Teoria da Justiça**, John Rawls desenvolve uma crítica a duas correntes do pensamento filosófico: o *intuicionismo* e o *utilitarismo*. Sobre o intuicionismo, considera que para a corrente há diversos princípios de justiça, às vezes contrapostos e sem que se tenha um critério indicador da prevalência do princípio para todos os casos. Diante do conflito, o pesquisador, guiado por sua intuição, seleciona o princípio mais adequado ao caso em análise. Em abstrato não haveria, assim, uma hierarquia entre os princípios. Além deste ponto falho, haveria outros: não se distinguem, com segurança, as intuições corretas das incorretas, nem as intuições em face das impressões ou simples palpites. Não obstante, Rawls admite o apelo, em último caso, aos princípios intuitivos na elaboração de uma teoria da justiça. Dada esta concessão, alguns autores aproximam Rawls do intuicionismo, como Vamireh Chacon ao afirmar: “*Um certo intuicionismo permeia a visão de John Rawls...*”¹¹

O utilitarismo se utiliza apenas de argumentos pragmáticos, ou seja, o que enfatiza as consequências. Em suas objeções ao utilitarismo, o filósofo-político tomou como referência o princípio que institui a *felicidade geral* como parâmetro de avaliação dos atos. Quando se discutem as soluções aplicáveis às questões morais, o método utilitarista prioriza as fórmulas favoráveis ao bem-estar social. A rejeição ao utilitarismo toma por base a concepção teleológica ou consequencialista, que avalia as ações no plano moral em função dos resultados a serem alcançados e previamente avaliados. Para John Rawls, ao contrário, o fundamental na aferição moral são as qualidades intrínsecas aos atos. Há aspectos relevantes no utilitarismo e um deles é o seu caráter igualitário, pois não pende para determinadas ideologias ou religiões nem se nutre de preconceitos.

Ao analisar a distribuição dos bens coletivos, Rawls contesta o critério subjetivo de aplicação do princípio da igualdade, defendido pelo utilitarismo na promoção do bem-estar social, pois tal orientação seria bastante onerosa para a sociedade. A satisfação dos membros da sociedade deveria ter por medida os *bens primários*, considerados estes objetivamente.¹² Rawls discrimina cinco tipos de bens primários: a) liberdade de pensamento e de consciência, como direitos necessários à participação consciente em uma sociedade estruturada; b) liberdades de movimentação e escolha de atividade à vista das disponibilidades; c) cargos públicos, posições de autoridade e respectivos poderes e prerrogativas; d) renda e patrimônio como instrumentos destinados aos mais diversos fins; e) ambiente social favorável ao autorrespeito, a fim de que se possa alcançar, com confiança, as metas pessoais.

Uma das concepções mais importantes na teoria da justiça de Rawls é o *contratualismo*, visto como um *contrato hipotético* firmado pelos indivíduos livres e que torna possível a sociedade, onde cada qual deve cumprir as obrigações contraídas no acordo sob determinadas *condições ideais*. Dentro desta linha de pensamento,

fundamental é o estudo e definição da *condição original*, ou seja, da ideologia implícita no acordo firmado. Como o autor enfatiza, o acordo é *hipotético* na medida em que indagamos o que as pessoas *poderiam acordar, ou acordariam e não o que acordaram*. É também *a-histórico* na medida em que *não imaginamos que o acordo tenha sido firmado, ou venha a sê-lo*. Por outro lado, ainda que o fosse, não faria qualquer diferença.¹³

Na análise de Gargarella, o contratualismo responde a duas indagações básicas a qualquer teoria moral. À primeira, sobre o teor das exigências que nos são feitas pela moral, o contratualismo afirma que as obrigações são as que nos comprometemos a cumprir. A segunda, relativa aos motivos por que devemos obedecer a certas normas, o contratualismo declara que a justificativa da obrigação decorre do compromisso assumido.¹⁴ Com o contratualismo, o pensamento político se desliga da instância religiosa e o poder da autoridade é uma decorrência do contrato firmado pelos indivíduos.

A concepção de Rawls difere do contratualismo não assentado em condições ideais, como o de Hobbes, impotente para assimilar a essência da moralidade. No âmbito da Filosofia Política há pensadores que rejeitam todas as modalidades contratualistas e sob fundamento da inexistência de acordos celebrados historicamente. A posição de John Rawls, ao se firmar em bases abstratas, não formadas à vista de realidades concretas, se mostra vulnerável diante do indivíduo situado.

No contratualismo de John Rawls impende esclarecer a respeito da *condição original*, ou seja, a situação em que se encontravam os participantes do contrato hipotético no momento do acordo. São importantes os esclarecimentos sobre a *condição original*, pois a partir dela se elaboram os critérios norteadores da justiça. Frise-se que, por ser hipotético, o contrato social não ocorreu historicamente. Cada um dos indivíduos foi movido pelo espírito de imparcialidade, pois nenhum possuía a consciência de suas circunstâncias. O “*véu de ignorância*” impedia-lhes de levar em consideração suas condições, como capacidade, grau de inteligência, *status* social, raça, entre outros traços pessoais. Por outro lado, os participantes do contrato hipotético estavam informados sobre os avanços que se operavam no campo das ciências sociais.

Por desconhecerem as suas próprias circunstâncias, os contratantes originais não se guiavam por interesses pessoais em suas decisões. Os motivos pelos quais se deviam abstrair das contingências é explicada por Rawls: “... *é que as condições para um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais sobre os princípios primeiros de justiça para aquela estrutura têm de eliminar as posições vantajosas de negociação que, com o passar do tempo, inevitavelmente surgem em qualquer sociedade como resultado de tendências sociais e históricas cumulativas.*” Sobre a estrutura básica, nenhum acordo sobre princípios de justiça deveria ser firmado movido por vantagens e influências acidentais. Diferentemente da perspectiva de análise de Locke, o acordo não visava a uma forma de governo e sim “*aos princípios primeiros de justiça para a estrutura básica*”.¹⁵

Quando se tinha de escolher um princípio entre vários apresentados sobre determinada matéria, os contratantes imaginários recorriam a uma hierarquia, para a elaboração da qual se consideravam os piores resultados. Assim, prevalecia o princípio cujo pior resultado fosse superior ao dos demais. Se um princípio, por exemplo, por maiores virtudes que reunisse, fosse capaz de levar à escravidão, haveria de ser rejeitado dado o seu mais elevado índice negativo.¹⁶

O primeiro princípio de justiça apurado entre os participantes do contrato hipotético diz respeito à liberdade básica individual, que deve possuir a maior extensão compatível com a liberdade de todos.

O segundo princípio diz respeito à igualdade. É o *princípio da diferença*, que regula a distribuição dos recursos da sociedade. A ideia básica não se assemelha ao modelo mais comum de justiça distributiva das

sociedades contemporâneas. Este modelo atual se orienta pelo princípio da igualdade de oportunidades, pelo qual a distribuição será justa se todos tiverem idêntica oportunidade de receber determinado quinhão. Para Rawls, tal critério, isoladamente, não propicia uma justiça verdadeira, dada a diferença natural entre as capacidades, inteligências, talentos. A igualdade de oportunidade será justa quando o sistema social for dotado de mecanismo que amplie as expectativas dos menos favorecidos. Este ponto é da maior importância na teoria de Rawls, pois a igualdade de oportunidades, não acompanhada de compensação aos inferiorizados em sua formação genética ou origem social, se torna um direito meramente semântico, sem resultados práticos, justamente porque as oportunidades não poderão ser aproveitadas em uma sociedade competitiva.

35. SEGURANÇA JURÍDICA

35.1. Noção e importância da segurança em geral. Este valor, em todas as suas dimensões, é indispensável ao bem-estar das pessoas. A segurança pode ser considerada objetiva ou subjetivamente. Sob o primeiro aspecto é garantia efetiva de que os interesses principais dos seres humanos se encontram devidamente protegidos. Dentro desta perspectiva, pode-se falar em *segurança da incolumidade física*, quando o Estado se acha organizado para a defesa dos membros da sociedade; em *segurança da saúde*, quando os órgãos públicos dispõem de rede médico-hospitalar, serviços de pronto atendimento, devidamente equipados e compatíveis com as demandas; em *segurança jurídica* na hipótese de o Estado apresentar uma ordem jurídica bem definida, acessível ao conhecimento do cidadão comum e protetora dos direitos humanos fundamentais.

Sob o aspecto subjetivo, há segurança quando, atendidas as condições objetivas, os indivíduos se sentem efetivamente protegidos em seus legítimos interesses. Em ambos os sentidos a segurança é importante: objetivamente, porque sem ela a pessoa natural se desestabiliza; subjetivamente, de vez que esta segurança é necessária ao equilíbrio e tranquilidade, indispensáveis ao desempenho dos vários papéis reservados à pessoa natural, tanto no cenário familiar, quanto no âmbito do trabalho.

35.2. Noção de segurança jurídica. Há níveis de segurança jurídica, daí o seu conceito depender do grau de exigência do jurista. Para alguns, de formação positivista, o valor consiste em *um saber a que se ater*. Sob o aspecto objetivo a ordem jurídica deve reunir os predicados necessários ao *saber a que se ater*; subjetivamente consiste na certeza de que a ordem jurídica se apresenta acessível ao conhecimento, além de proteger os direitos fundamentais. O valor segurança jurídica é importante para a pessoa natural como também para a pessoa jurídica, que precisa se organizar em conformidade com o ordenamento vigente.

A segurança jurídica não satisfaz às aspirações apenas com determinados predicados ou virtudes do ordenamento; requer um conjunto de outros fatores ligados à efetividade das normas jurídicas, como o acesso à assistência jurídica e a prestação jurisdicional em tempo razoável e de acordo com o grau de urgência que os casos apresentam.

35.3. Princípios ligados à Política. O *a priori* fundamental para se chegar à segurança jurídica consiste na estruturação democrática do Estado. Cabe a este organizar-se constitucionalmente sob os princípios da Ciência Política, de tal modo que haja equilíbrio entre os Poderes, nenhum açambarcando funções próprias de outro.

O Estado Democrático de Direito não se caracteriza apenas como governo do povo, para o povo e pelo povo. É fundamental, em nosso entendimento, o respeito aos direitos humanos fundamentais. Estes, além de inscritos na constituição, devem ser protegidos por mecanismos que garantam, com a necessária celeridade, a sua preservação

nos casos concretos. Não bastam, assim, as eleições gerais nem a definição legal dos direitos fundamentais; há de haver os instrumentos legais de efetivação destes direitos e, para tanto, é relevante a organização da assistência judiciária, além de um judiciário bem estruturado, para *dar o seu a cada um* em tempo útil. Acesso à justiça não deve ser visto apenas como conjunto de meios para se expor um pleito judicial, mas acesso à justiça substancial, mediante efetiva prestação jurisdicional.

35.4. Princípios específicos. Como é intuitivo, o primeiro requisito, na perspectiva do *saber a que se ater* consiste na positividade do Direito, na existência de um ordenamento disciplinador do convívio social. Positividade significa *ordem jurídica*, independente de sua forma de exposição, que pode ser escrita ou oral. O importante é que o conjunto normativo seja imposto coercitivamente pelo Estado. É a *estatalidade* ou *estadualidade* – chancela do Estado – que qualifica o Direito como positivo e não a circunstância de ser escrito.

A justiça que se deseja distribuída pelos tribunais não pode vir senão pelos critérios da lei. Esta deve ser aperfeiçoada, a fim de se tornar apta a promover o bem nas relações interindividuais. Não somente a norma e o valor consagrado hão de acatar certos princípios; também os fatos considerados. Além de organizar o Estado, as leis disciplinam as relações sociais e, para tanto, o legislador deve ser um atento observador dos acontecimentos, do avanço da ciência, dos prodígios tecnológicos. Uma lei que envelhece durante a vigência e não é substituída, dado o seu anacronismo, tende a ser inadequada quando não submetida à interpretação histórico-evolutiva, mas nem sempre o tipo de norma comporta tal exegese, caso em que irremediavelmente a sua aplicação poderá gerar uma solução injusta. Compete, assim, ao legislador, a constante vigília dos fatos, a fim de inovar a ordem jurídica, aperfeiçoando-a sempre na trilogia do *fato*, do *valor* e da *norma*.

Não apenas o Direito codificado, próprio dos sistemas ligados à tradição romano-germânica, possui condições de satisfazer às exigências da segurança jurídica; também o sistema anglo-americano, baseado nos precedentes judiciais. O *Jus scriptum*, em princípio, se revela superior sob esta perspectiva de análise, mas tudo depende de como se apresenta. Se a linguagem se revela imprópria, inacessível à compreensão, ou se os diversos instrumentos legais não formam um todo harmônico e coerente, mas conflitante, a lei obscurece o Direito e, em lugar de promover o valor segurança, gera a *incerteza do Direito*.

O Direito fundado na experiência dos tribunais, como na Inglaterra e Estados Unidos da América do Norte constitui um método de definição do Direito que pode levar tanto à segurança quanto à incerteza jurídica. O importante é que se apresente acessível aos seus destinatários, mediante publicidade suficiente. Este sistema tende a exigir maior pesquisa dos profissionais. Em nosso sistema, de tradição romano-germânica, às vezes a simples leitura dos códigos oferece a resposta desejada, embora em grande número de situações é fundamental o acompanhamento da interpretação pelos tribunais superiores.

O *Jus Positum* deve estar organizado com métodos adequados, harmonicamente, a fim de favorecer a sua compreensão. Em se tratando de Direito escrito, sobreleva de importância a linguagem utilizada pelo legislador, que deve ser *clara, simples, concisa e suficiente*, ao alcance do entendimento da cultura mediana. A terminologia jurídica não deve ser abandonada em favor da *acessibilidade*, mas aplicada com oportunidade, sem o emprego abusivo de termos técnicos. Já se pretendeu, em nosso país, a criação de *código popular*, elaborado apenas com a linguagem comum. Tal ideia, como não poderia ser diferente, não prosperou, pois implicaria a renúncia aos recursos técnicos fornecidos pela terminologia jurídica. Esta, se de um lado se apresenta inacessível ao leigo, de outro contribui para a precisão do pensamento jurídico.

O Direito deve estar organizado de tal forma que induza a máxima efetividade de suas normas. Quando não

cumprido pelos destinatários nem aplicado pelos tribunais, constitui letra morta e não realiza o valor segurança jurídica. A coação e a sanção, quando se impõem adequadamente aos titulares dos deveres jurídicos, proporcionam aos interessados a devida garantia. Há sanções que penalizam os infratores apenas financeiramente, tornando-se inócuas em relação aos abastados, principalmente quando as cifras são módicas. Em tais casos a sanção não representa desestímulo a quem pretende praticar o ilícito. Se a multa pelo não pagamento da taxa condominial não pode ultrapassar a dois por cento do débito, não se tem, *in casu*, um estímulo para se colocar um freio aos maus pagadores.

Os conceitos jurídicos indeterminados, como *maus tratos*, *reprovabilidade* e *atividade de risco*, prevista esta no parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, e as *cláusulas gerais*, como *boa-fé objetiva*, *bons costumes*, *função social do contrato*, contêm indefinições ou vaguidades que não favorecem à segurança jurídica. Para Arthur Kaufmann tais recursos empregados pelo legislador “... *ameaçam a segurança jurídica, pois subsiste o perigo de uma jurisprudência consideravelmente divergente e, por isso, uma falta de certeza sobre o que é Direito...*” Em sua opinião, as normas casuísticas, que preveem os casos em sua singularidade, beneficiam em alto grau o valor segurança jurídica, mas podem prejudicar, na aplicação da lei pelo juiz, a justiça do caso concreto.¹⁷ O método adotado pelo Código Civil de 2002 é misto, pois conjuga as normas que reúnem conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e normas casuísticas.

Os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais dão às leis um permanente sentido de atualidade, pois a sua leitura se faz nos fatos sociais e, à medida que estes se modificam, eles renovam a compreensão das normas jurídicas. Se não favorecem à segurança jurídica não chegam, todavia, a ser nocivas a este valor, pois a resposta que se procura deve estar na realidade objetiva, nos costumes e na prática dos tribunais. Estes se valem das *regras da experiência* para a transformação do abstrato da norma em fato concreto.

Os conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais não se confundem. Nos primeiros a vaguidade ou imprecisão se encontra na *hipótese* ou *suposto* da norma e não na *disposição* ou *consequência*, enquanto nas cláusulas gerais a imprecisão está na *hipótese* e, ainda, na *consequência*. Na chamada *atividade de risco*, acima referida, a vaguidade está apenas na hipótese ou suposto. Neste caso a norma pode gerar dúvida se uma determinada prática configura ou não atividade de risco, não a sua consequência, que se acha definida no Código Civil como um dos casos de incidência da *responsabilidade objetiva*. Na *função social do contrato* a imprecisão está tanto na hipótese quanto na disposição.¹⁸

O princípio da *irretroatividade da lei* constitui uma das bases do valor segurança jurídica, do *saber a que se ater*, tanto que é consagrado pela Constituição da República, à vista do artigo 5º, inciso XXXVI. Tal dispositivo impede que a lei prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Aplicando-se o argumento *a contrario sensu*, tem-se que não há impedimento ao efeito retroativo afora aquelas circunstâncias. O princípio *sub examine* constitui, também, um dos pilares dos regimes democráticos, tanto que nos Estados de exceção uma das primeiras providências é a suspensão dos *direitos e garantias fundamentais*, entre os quais a irretroatividade da lei se insere.

A interpretação judicial desperta a atenção dos juristas, especialmente quanto à perspectiva da segurança jurídica. Sabemos que, por mais clara e definida a norma jurídica, é sempre indispensável a sua interpretação, nem que esta se limite à simples leitura do texto. É que as normas não são como as ilhas no imenso oceano. Estão interligadas umas às outras, de tal sorte que nenhuma delas possui sentido isoladamente. A interpretação necessariamente deve ser sistemática, ou seja, é indispensável conhecer o todo no qual as normas se inserem, para

tirar destas as conclusões devidas.

Tão importante é a certeza do Direito que o ordenamento jurídico possui mecanismos que visam à unificação jurisprudencial, como o recurso especial ou as súmulas dos tribunais superiores. A evolução jurisprudencial e a atualização legislativa são necessárias para que o Direito seja um instrumento do progresso e não um obstáculo ao avanço social. Tais mudanças exigem sempre uma adaptação de conduta dos destinatários das inovações e dos profissionais do Direito, que necessariamente devem se reciclar, sob pena de perderem a aptidão para o exercício de suas funções. Daí alguns setores, apegados à lei da inércia, resistirem a mudanças. Estas, todavia, devem ser precedidas de amplos estudos e da certeza de que as inovações aperfeiçoarão a ordem jurídica, atendendo aos anseios da sociedade. O legislador não pode transformar a sociedade em um grande laboratório de experiências, movido pela ideia de que se a nova lei não trouxer bons resultados poderá ser revogada. Uma lei equivocada pode causar danos, ainda que seja constitucional, e sabemos que a teoria da responsabilidade civil não dá cobertura a tais prejuízos. Tanto a ordem jurídica, que se mantém estática enquanto os fatos se modificam, quanto a que evolui desordenadamente atentam contra o valor segurança jurídica.

A mudança na orientação dos tribunais, refletida em sua jurisprudência, pode surpreender os destinatários de determinadas leis, ao passar a exigir conduta diversa à anteriormente definida e, com isto, causando-lhes eventualmente prejuízos. Estes não são suscetíveis de reparação, pois não decorrem de ato ilícito. A dúvida que setores da doutrina levantam diz respeito aos que se orientaram de acordo com a jurisprudência anterior, entendendo que os seus interesses devem ser protegidos pelo novo entendimento dos tribunais, pois, do contrário, haveria punição para quem pautou a sua conduta de acordo com a diretriz jurisprudencial. Dependendo da matéria de que se trata, patenteada a boa-fé do infrator, a sua conduta, pensamos, deve ser avaliada com equidade.

Em matéria processual, há diversos princípios que promovem a segurança jurídica. Um deles é o *dojuiz natural*, pelo qual os julgamentos devem se realizar por tribunais competentes, afastando-se, assim, a prestação jurisdicional por tribunais de exceção. Para a efetiva garantia, o princípio deve estar previsto na constituição, como ocorre em nosso país. Para que a causa final do Direito prevaleça – justiça – não bastam leis materiais sábias ou procedimentos conforme a razão, pois é mister que o julgador esteja imbuído do propósito de dar o seu a cada um. Pertinente às leis de fundo, são essenciais à segurança jurídica, ainda, os princípios do *devido processo legal*, o do *contraditório*, o do *direito da ampla defesa*, o da *inafastabilidade do controle jurisdicional*, o da *igualdade*, o da *publicidade*. Inerente à segurança são as exigências de que as decisões judiciais devem apresentar, necessariamente, a fundamentação de fato e de Direito, ou seja, o juiz deve indicar no *decisum* a interpretação da *quaestio facti* e da *quaestio iuris*. Na diagnose dos fatos o julgador emite a sua conclusão sobre os fatos controvertidos e as razões indutoras de sua convicção, também assim procedendo quanto à diagnose do Direito.

A segurança jurídica não se assenta apenas em uma aperfeiçoada ordem jurídica e na jurisprudência uniforme dos tribunais. Requer também a clareza dos negócios jurídicos e a sua sintonia com a legislação vigente. Um contrato mal redigido, por exemplo, tende a provocar incerteza e desentendimento entre as partes.

35.5. Garantismo Processual e Ativismo Judicial. A doutrina vem destacando, nos últimos anos, tanto em nosso país quanto no exterior, a inconveniência do ativismo judicial, pois, com essa prática, os juízes e tribunais elaboram as regras a serem aplicadas em casos concretos com alta dose de subjetivismo, sem esgotar os recursos hermenêuticos para extrair do ordenamento as normas a serem aplicadas. Assim agindo, os tribunais atentam contra o *garantismo processual*, que se opõe ao arbítrio judicial. O Colóquio Internacional, realizado em Jundiá, ao ensejo do primeiro ano de vigência do Código de Processo Civil de 2015, na palavra de eminentes juristas brasileiros e

estrangeiros, condenou expressamente o *ativismo judicial*.

36. CONCEPÇÃO HUMANISTA DO DIREITO

No Estado Democrático de Direito, fundado no respeito à ordem constitucional e onde os direitos fundamentais da pessoa são proclamados, o comum é a legislação guardar sintonia com o valor justiça. Apenas excepcionalmente as leis se revelam injustas e, quando isto ocorre, é em decorrência de inépcia do legislador e não de uma organização estatal comprometida com ideologia distanciada dos anseios da população.

Em um Estado regularmente estruturado, onde os Poderes cumprem a sua missão sem exorbitância nas funções, a ordem jurídica tende a ser substancialmente justa e acatada voluntariamente por seus destinatários, seguida pelos órgãos da administração e aplicada pela instância judicial. O papel da jurisprudência se revela fundamental para a uniformidade da interpretação e, conseqüentemente, para favorecer a segurança jurídica. O Estado Democrático de Direito não faz do juiz um ser inerte; não lhe retira a iniciativa de desenvolver a interpretação atualizadora, apenas não lhe dá motivações para julgar *contra legem*, dado que as inovações e reformas legais são atribuições do Legislativo.

No Estado Democrático de Direito cada povo escolhe o seu destino, e suas instituições refletem o querer coletivo. A evolução deve ter o seu início nas discussões em assembleias, tanto as populares quanto as partidárias e as do Poder Legislativo. Neste início de milênio não se põe em dúvida a supremacia do Estado Democrático de Direito, apenas se discute o seu aperfeiçoamento, a eliminação de falhas, vícios e desigualdades sociais. Onde houver contradições, mecanismos de correção se tornam necessários e as fórmulas a serem seguidas, necessariamente, devem ser constitucionais.

Dada a normalidade democrática, a questão que se apresenta, sob o ângulo da ordem jurídica, se prende às leis injustas, que podem ser *por destinação*, *casuais* e *eventuais*. Os Estados Democráticos de Direito não estão isentos do surgimento destas espécies de leis. Embora as *injustas por destinação* – as planejadas com a consciência do desvio ético – sejam mais comuns nos Estados totalitários, incidem também naqueles Estados e sob as motivações mais diversas. Nas *casuais*, a injustiça é acidental e decorrente não de má-fé do legislador, mas de erro na elaboração do estatuto legal. Classificamos como *eventuais* as leis que, em face da abstratividade de suas normas, se revelam inadequadas, impróprias, injustas para determinadas hipóteses. Ou seja, para alguns casos se mostram justas e, para outros, injustas.

O fato de se viver em um Estado assim organizado, qualquer que seja o Continente, não dispensa a Filosofia do Direito de desenvolver estudos tomando em consideração o Estado autoritário. A *scientia altior* não se prende ao tempo e ao espaço, daí as suas reflexões serem valiosas universalmente. É imperioso que se tenha duplicidade de orientação: uma aplicável aos Estados democráticos, para os quais se preconiza o cumprimento da ordem jurídica e não se concebe um judiciário reformador; outra, tendo em vista os Estados de exceção. E estes estão sempre presentes na história, como na Alemanha ao tempo do nacional-socialismo.

Nos Estados autoritários, a última esperança é a atuação heroica do Judiciário. Nem sempre, porém, as circunstâncias favorecem a atuação independente dos tribunais, dada a influência perniciosa do Executivo. Robert Alexy transcreve os fundamentos de uma decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, dos quais selecionamos o excerto: “O direito e a justiça não estão à disposição do legislador. A ideia de que um legislador constitucional tudo pode ordenar a seu bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e na prática jurídicas...”¹⁹

Os princípios do Direito Natural são relevantes em todas as épocas e lugares, independente da ideologia seguida em um Estado. Ontologicamente não constitui instrumento ideológico, embora possa ser proclamado, nos mais diversos Estados, sob fundamentação diversa. Nos Estados totalitários, os princípios do Direito Natural são invocados pelos juristas no combate ao regime; nos democráticos, para a justificação das instituições. Os dirigentes de tendência absolutista, os ditadores em geral, são avessos à ideia do Direito Natural, pois este põe em destaque o desvio da conduta ética, exaltando as liberdades individuais. Os socialistas mais radicais chegaram a apontar o Direito Natural como instrumento ideológico, que teria por finalidade justificar a injustiça praticada nos Estados capitalistas. O *Jus Naturae* não é, em si, uma bandeira vinculada a qualquer regime político ou econômico, mas uma principiologia capaz de aferir a adequação dos institutos jurídicos à *ordem natural das coisas*, à justiça substancial.

A postura do jurista diante de uma lei injusta depende de sua formação filosófica no Direito, do tipo de *homo juridicus* que é. Temos sustentado, ao longo da atividade acadêmica, que a solução a ser dada pelo jurista às questões relativas aos conflitos entre normas, fatos e valores deve ser uma projeção do conceito pessoal do Direito. Este possui caráter instrumental e fomentador do discurso jurídico.

No conflito entre os valores justiça e segurança jurídica, entendemos que este último deva prevalecer, salvo quando as leis injustas atentarem contra a dignidade da pessoa natural, à vida, liberdade ou à igualdade de oportunidade. Concordamos com John Rawls, quando afirma que “*a injustiça só é tolerável quando é necessário evitar injustiças ainda maiores*”.²⁰ Se a prevalência genérica fosse do valor justiça, se ao juiz fosse dado, além de decidir o caso, julgar as normas sob o ângulo do justo e negar a aplicação destas quando injustas, o ordenamento jurídico deixaria de oferecer as garantias necessárias à estabilidade social. O *saber a que se ater* é o ponto de partida para a distribuição da justiça, daí dizer-se que a segurança jurídica constitui *valor fundante* e a justiça, *valor fundado*. A sujeição às leis injustas, desde que estas não comprometam a dignidade da pessoa natural, o direito à vida, à liberdade e à igualdade de oportunidade, constitui um quinhão de sacrifício a ser dado em prol da ordem social.

Denominamos *concepção humanista do Direito* à orientação que preconizamos para a hipótese de leis conflitantes com aqueles direitos naturais. Diversamente do que pensava Hans Kelsen, rejeitamos a ideia de separação entre Direito e Moral, entendendo que a norma jurídica consagra sempre uma ideia de justiça e, consequentemente, de bem. Para o eminente jurista-filósofo, o Direito comportaria qualquer conteúdo, não havendo, pois, limite ético para o legislador. O diferencial de nossa *concepção humanista do Direito* consiste justamente neste ponto, pois consideramos essencial um limite ético para o legislador. Kelsen relativizou a importância da justiça, ao afirmar que ela “*é, antes de tudo, uma característica possível, mas não necessária de uma ordem social...*”²¹ Talvez o autor tenha pretendido afirmar que a ordem social sobrevive ainda quando injusta. O autor austríaco associou a ideia de justiça à de *felicidade*, a exemplo de Platão, que afirmara “*só o justo é feliz e o injusto, desventurado*”.²² Para o discípulo de Sócrates, em diálogos de *Gorgias* e *República*, a justiça constitui a grande virtude do ser humano, a fundamental, e a sua função é promover o equilíbrio, a harmonia entre os membros da sociedade.

Embora sem teorizar as leis injustas, Norbert Horn, professor da Universidade de Colônia, na Alemanha, rejeita a sua validade em casos extremos: “*Todo legislador estatal afirma querer criar leis justas. Mas as decisões de valor fundamentadas em lei podem estar distanciadas de princípios gerais de justiça, especialmente nos casos de Estados não legitimados democraticamente, de forma que deve caracterizar a lei como injusta (e*

neste sentido absurda). Em caso extremo tais leis não têm efeito jurídico, mesmo que possam ser aplicadas faticamente, com ajuda do poder estatal.”²³

O limite ético a ser preservado pelo legislador na elaboração de leis reside no respeito à dignidade da pessoa natural e intangibilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade de oportunidade. A violação de qualquer um destes princípios impede que as normas promulgadas substancializem o Direito. Cabe ao julgador, por iniciativa própria, constatar o respeito ao limite ético, deixando de aplicar as normas quando se convencer de que entram em conflito com aqueles princípios fundamentais. *A contrario sensu*, preservado o limite ético, a lei formalmente válida deverá ser aplicada, ainda que se revele injusta.

A solução preconizada pela *concepção humanista do Direito*, já sustentada em outros estudos de nossa autoria, ainda que não corresponda aos mais elevados anseios do justo, se nos apresenta conciliatória, no essencial, dos valores justiça e segurança jurídica, ambos fundamentais ao bem-estar dos indivíduos. A rejeição incondicional de uma lei injusta, já vimos, atenta contra a segurança jurídica de seus destinatários, além de conduzir ao absurdo de situar o judiciário como poder revisor do legislativo. A hipótese diametralmente oposta, ou seja, de aplicação das normas jurídicas independente de seu conteúdo ético, seria atentatória aos direitos humanos, pois o Direito deixaria de ser um meio de libertação para se transformar em instrumento de opressão.

A *concepção humanista do Direito* encontra apoio, entre outros autores, em Gustav Radbruch, que analisa a eventual ocorrência de conflito entre os valores justiça e segurança e se posiciona, em princípio, favorável à prevalência da lei injusta. A solução deve ser invertida quando o grau de injustiça impõe um sacrifício inadmissível: *“O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deve resolver-se com a primazia do direito positivo sancionado pelo poder; ainda quando por seu conteúdo seja injusto e inconveniente, a não ser que a contradição da lei positiva com a justiça alcance uma medida tão insuportável que deve considerar-se ‘como falso direito’ e ceder o passo à justiça...”*²⁴

1 **Teorias Modernas da Justiça**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 1.1, p. 4.

2 Op. cit., 1.1, p. 4.

3 **Introdução ao Estudo do Direito**. Tradução da edição alemã de 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, § 1.4, p. 9.

4 Op. cit., § 1.4, p. 10.

5 **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução da 5. ed. alemã por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

6 KANT, Emmanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 2. ed. São Paulo: Nacional, 1964, item 3, p. 92.

7 Op. cit., p. 171.

8 **La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica**. 1. ed. Espanhola. Madrid: Editorial Civitas, S. A., 1979, § 8 p. 20.

9 KAUFMANN, Arthur. Op. cit., p. 268. Em lugar da característica *abstratividade*, Kaufmann apontou o elevado nível de *generalidade* das normas gregas como o motivo que levou Aristóteles, em **Ética à**

Nicômano, a recorrer à *equidade* para corrigir “*los defectos causados por la generalidad de las leyes*”.

- 10 Boaventura de Sousa Santos, cf. texto divulgado em Folha de São Paulo <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/fz0412200909.htm>>.
- 11 Em Introdução à 1. ed. brasileira da obra de John Rawls –**Uma Teoria da Justiça** –, Brasília:, Universidade de Brasília, 1981. p. 4. Na doutrina de Rawls, Vamireh Chacon vislumbra: “*Há um jusnaturalismo implícito na inserção de sua concepção de justiça numa visão moral, embora a justiça passe a adquirir uma autonomia histórica, além do véu inicial da ignorância, no livre jogo das forças históricas, ainda limitáveis pelos fracos em nome do contratualismo inicial. O debate político apela a este consenso ético.*” Op. cit., p. 18.
- 12 A crítica de John Rawls às correntes intuicionista e utilitarista é analisada em conformidade com Roberto Gargarella, em **As Teorias da Justiça depois de Rawls** – Um breve manual de filosofia política. 1. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005, capítulo 1, p. 1 e seguintes.
- 13 RALWS, John. **Justiça como Equidade** – Uma Reformulação. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes 2003, § 6.2, p. 23
- 14 GARGARELLA, Roberto. Op. cit., cap. 1, p. 14.
- 15 RALWS, John. Op. cit., § 6.2, p. 22 e 23.
- 16 Cf. GARGARELLA, Roberto. Op. cit., cap. 1, p. 24.
- 17 Op. cit., p. 350.
- 18 HADDAD GALVÃO, Bruno. Diferença entre Cláusula Geral e Conceito Jurídico Indeterminado, estudo divulgado em 15.07.2008, cf. *site* <http://www.sosconcurseiros.com.br>.
- 19 **Conceito e Validade do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 7.
- 20 **Uma Teoria da Justiça**. 1. ed., cit., § 1, p. 28.
- 21 **Que es la Justicia?** 3. ed. argentina. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1966, p. 11.
- 22 *Apud*, KELSEN, Hans. Op. cit., p. 12.
- 23 **Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica** Tradução brasileira da 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005, 2, p. 31.
- 24 *Apud* KAUFMANN, Arthur. Op. cit., 352.

Capítulo 7

DIREITO E COAÇÃO

Sumário: 37. Considerações prévias. 38. Coação, sanção e garantia jurídica. 39. O significado da coação para o Direito. 40. Conclusões. 41. Limites éticos à coação.

37. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Ao mesmo tempo em que define as condutas interindividuais e dispõe sobre modelos de organização, o Direito Positivo apresenta um mecanismo de força, que visa a assegurar o cumprimento de suas disposições e a reparar, ou compensar violações de direitos. Os sistemas jurídicos são dotados, assim, de coação, que é a força a serviço da ordem social. A sua importância é vital, pois o Direito é necessidade imperiosa e não mera conveniência, não devendo ficar ao alvedrio de seus destinatários. A força se revela, assim, como instrumento valioso do Direito na busca da estabilidade social. Todavia, não basta que o sistema jurídico possua ampla previsão coativa, pois é indispensável que a força seja apenas o complemento de uma sólida estrutura ética, a fim de que o Direito Positivo se imponha legitimamente nas relações sociais. É um dado da experiência que os homens, ainda quando ciosos do significado do Direito para a paz e bem-estar social, são capazes de romper os laços de solidariedade e transgredir voluntariamente os mandamentos jurídicos. Em decorrência da imperfeição humana, que permite a violação dos instrumentos de controle social, é preciso que os sistemas jurídicos aspirem à efetividade e, para tanto, não devem limitar-se à função *diretiva*, mas desenvolver também a *coativa*, como salienta Arias Bustamante.¹ Não é suficiente, portanto, o teor ético das normas para se obter a observância da lei; é indispensável que o ordenamento jurídico se utilize dos estímulos extras da *coação, sanção e garantia jurídica*. Para Francesco Carnelutti, recorrer à força é imprescindível ao Direito, pois “do mesmo modo que para retificar a economia se deve operar economicamente, assim também para dominar as resistências físicas se deve operar fisicamente”.² Para o jurista italiano, o que distingue a força adotada pelo Direito da usada contra o Direito é o fim para o qual é empregada.

Embora a coação revele uma dimensão psicológica, representada pelo temor que infunde na consciência e induz à obediência, a força de que dispõe o Direito possui também a dimensão física. Após destacar que a coação psicológica exercida pelo Direito não o distingue das demais ordens sociais, Hans Kelsen salienta que o Direito é uma ordem coativa não por exercer aquele tipo de constrangimento, mas porque produz coação física, materializada na privação da vida, liberdade, bens econômicos e outros interesses.³

A coação estatal se manifesta, por exemplo, quando em juízo se determina a execução dos bens do devedor, a condução debaixo de vara da testemunha faltosa ou a prisão civil do inadimplente em obrigação alimentar. Sem o poder de acionar a força, o Judiciário seria impotente para cumprir o dever do Estado de conceder a prestação jurisdicional. A coação pode manifestar-se tanto na hipótese de violação da ordem jurídica quanto nos casos de tentativa, e em tais ocorrências é legítimo o emprego da força pelos agentes de segurança, que podem exercer o constrangimento físico sobre o responsável pela conduta. Tal procedimento, limitando-se ao necessário, é de natureza lícita, pois caracteriza a hipótese do estrito cumprimento do dever legal, previsto no Código Penal Brasileiro como excludente de ilicitude.

Diferentemente do passado, em que aos particulares se permitia amplamente a prática da coação na defesa de direitos, modernamente só em caráter excepcional se considera legítimo tal procedimento. O monopólio da coação pertence ao Estado, que o exercita pelo Poder Judiciário e por órgãos da administração pública. Juízes e tribunais, no âmbito de sua competência, impõem restrições à liberdade ou ao patrimônio de pessoas; as autoridades municipais têm o poder de polícia, que lhes permite o emprego da força, como na hipótese em que se determina a demolição de obra não ajustada às posturas vigentes; a autoridade policial invade domicílio onde se pratica delito e dá voz de prisão. O poder de aplicar a força há de ser exercido com moderação, pois ao mesmo tempo em que a ordem jurídica permite o seu uso, ela exige que as autoridades se mantenham dentro de limites definidos em lei, estabelecidos pelo interesse social ou impostos pelas circunstâncias. A violação de tais limites caracteriza, segundo a lei brasileira, o crime denominado *abuso de poder*. A ordem jurídica autoriza aos particulares, em situações especiais, o exercício da força, seja em atitude de autoproteção ou não. O emprego da coação, quando em defesa própria, é ação legítima e amparada em lei, desde naturalmente que respeitados certos balizamentos. Ao homem comum do povo, por seu turno, é lícito efetuar prisão de indivíduo surpreendido em flagrante delito.

Com oportunidade, Giuseppe Lumia correlacionou *força* e *consenso*, ressaltando que esses dois fatores “encontram-se entre si em uma relação inversamente proporcional”.⁴ De fato, nos regimes democráticos, em que as leis expressam o consenso da maioria, a tendência é o menor uso da força. Contrariamente, nos regimes autoritários, quando as normas de comando social não refletem senão o querer governamental, o emprego da força se faz com maior frequência. Como ressalta o jurista italiano, assim como nas ditaduras não pode faltar algum consenso, notadamente entre os que exercem o poder, também nos regimes democráticos será imprescindível um mínimo de força em relação às minorias recalcitrantes.

38. COAÇÃO, SANÇÃO E GARANTIA JURÍDICA

O conceito de sanção não se confunde com o de *coercibilidade*, que é a possibilidade de a força ser acionada no campo jurídico. Enquanto a coação é a força em ato, a coercibilidade é em potência. Tal distinção é básica, pois se a coação se manifesta apenas eventualmente, a coercibilidade é um estado permanente da ordem jurídica. Embora se afirme que o Direito Positivo seja também um sistema coativo, devemos destacar que há normas jurídicas que não possuem aquela reserva de força. Elas constituem uma exceção e retratam situações especialíssimas, como a das chamadas *obrigações naturais*, em que as dívidas não são exigíveis, com a circunstância de que, uma vez pagas, não ensejam o direito de repetição.

A palavra coação é um termo análogo, visto que empregada distintamente na esfera jurídica. Além do significado de reserva de força do Direito, é aplicada na Teoria Geral do Direito e, em consequência, nos ordenamentos jurídicos como um dos vícios dos negócios jurídicos. Acha-se prevista nos artigos 151 e seguintes do Código Civil de 2002. Caracteriza-se, neste sentido, como o constrangimento psicológico de alguém sobre a declarante da vontade. Tal prática enseja a anulação do negócio jurídico, de vez que, para vincular o agente, é indispensável que a vontade revelada seja espontânea. Se a coação for de natureza física, não se cogitará de anulabilidade, mas de inexistência do negócio, pois não se poderá dizer que o agente emitiu declaração de vontade.

Para expressar o elemento força a serviço do Direito, há uma variada sinonímia registrada na literatura jurídica, sendo mais correntes os termos *coação* e *coerção*. Mata-Machado, em seu livro **Direito e Coerção**, apresenta um elenco de termos, dos quais destacamos *autarquia*, empregado por R. Stammeler, e *impositividade inexorável* ou *inexorabilidade*, por Recaséns Siches.⁵

Uma parte do ordenamento jurídico, além de definir a conduta exigida, prevê sanções de diferentes tipos aos seus infratores. A sanção jurídica, que é um dos meios adotados pelo legislador para que o Direito Positivo alcance maior índice de efetividade, é conceito que não se confunde com o de coação. Esta é força, enquanto aquela é apenas determinação de penalidade, que pode ser aceita espontaneamente ou não pelos destinatários. Ocorrendo esta última circunstância, o aparato coativo do Estado deverá ser acionado. Na mesma linha de pensamento de Legaz y Lacambra, associamos a ideia de sanção à pena ou castigo.⁶ Alguns autores, como Miguel Reale, falam em *sanção premial*, partindo da noção de que sanção “é garantia daquilo que se determina em uma regra”.⁷ Sanção premial seria a hipótese de benefício previsto no Direito para aqueles que, em determinadas circunstâncias, cumprem seus deveres jurídicos. Ela se daria, por exemplo, quando a lei concedesse desconto especial ao contribuinte que pagasse o seu imposto antes do vencimento. Entendendo que a terminologia jurídica, tanto quanto possível, deve assimilar o sentido comum das palavras, preferimos recorrer à expressão *garantia jurídica*, empregada por Legaz y Lacambra, em lugar de sanção premial.⁸ De acordo com o notável jurisfilósofo espanhol, garantia jurídica é todo fator que contribui para dar ao Direito o máximo de efetividade. No sentido amplo atribuído à expressão, verifica-se que abrange tanto a sanção-castigo quanto à chamada sanção-prêmio. Tal qual ocorre com o vocábulo coação, a palavra sanção possui também duplo sentido na terminologia jurídica: além de castigo ou penalidade, significa a concordância do chefe do executivo com o projeto de lei aprovado pelo legislativo.

Enquanto a coação é característica exclusiva do Direito Positivo, a sanção é elemento comum aos vários processos de controle social. Em sua precisa definição de fato social, Émile Durkheim inclui *acoerção* como elemento essencial.⁹ Os fatos sociais seriam “maneiras de agir, de pensar e de sentir exteriores ao indivíduo, dotadas de um poder de coerção em virtude do qual se lhe impõem”. Na realidade, como o próprio sociólogo destaca, quando se experimenta violar a lei, a reação social é no sentido de evitar a consumação; não se obtendo êxito em neutralizar a ação, o intento será o de anular o ato, ou reverter o quadro ao *statu quo ante*. Tal não ocorre relativamente às regras morais. Estas, quando consagradas pelo corpo social, têm o poder de intimidação, não porém o de anular, ou de recompor os fatos. Quando o autor de **As Regras do Método Sociológico** inclui a coerção como elemento fundamental aos fatos sociais, somente poderia fazê-lo dando ao termo a acepção abrangente de pressão ou constrangimento de ordem moral, elemento psicológico esse que se faz presente na multifária gama de fatos sociais.

As regras de trato social, quando não acatadas, provocam sanções aos seus destinatários, tais como a crítica, reprovação, censura. No mesmo sentido, as regras morais, cuja sanção máxima é o remorso. Em se tratando da moral social, a sanção pode consistir, ainda, na crítica, reprovação, censura. A sanção jurídica é ímpar, pois é a única que atinge a liberdade e o patrimônio dos indivíduos. Ela penaliza, também, alcançando outros interesses, como ao impor a perda do poder familiar, a proibição do exercício do comércio, a exoneração em cargo público. A sanção jurídica não se distingue das demais apenas pelos bens que atinge, mas também pelo fato de ser previamente definida no ordenamento, o que não se passa com as demais espécies, pois as normas violadas carecem de previsão quanto ao teor e intensidade das sanções.

39. O SIGNIFICADO DA COAÇÃO PARA O DIREITO

A questão fundamental que envolve a coação reside na indagação se ela é elemento essencial ao Direito. Enquanto os positivistas respondem afirmativamente, via de regra os espiritualistas negam-lhe aquela condição. Conforme lembrança de Legaz y Lacambra, o reconhecimento da essencialidade da coação não é postura exclusivamente positivista.¹⁰

Pensadores de nomeada, como Rudolf Von Ihering e Emmanuel Kant, valorizaram o elemento força na ideia do Direito. Para o primeiro, o Direito reúne dois elementos: *norma* e *coação*, sendo que “uma norma jurídica sem cogência é uma contradição em si mesma; um fogo que não queima, uma luz que não ilumina”.¹¹ O fato de haver normas de convivência observadas independente de coação, como as das seitas religiosas, não quer dizer que exerçam a função de comando jurídico, pensa Ihering. Para ele, se isto fosse procedente, verdadeiro também seria dizer-se que as normas de relacionamento de qualquer associação, ainda que de uma quadrilha, seriam Direito.

Embora não tenha sido jurista, mas apenas incorporado a noção do Direito em sua obra filosófica, Emmanuel Kant exaltou o elemento força, afirmando que Direito e faculdade de coação se identificavam. Partindo da noção de que o Direito seria “o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode conciliar-se com o arbítrio de outro segundo uma lei geral de liberdade”, Kant destacou o papel da força na conciliação dos arbítrios. Ao considerar a hipótese de o credor poder exigir o pagamento de seu devedor, expõe que isto não significa que o titular do direito possa convencer a este de que a sua própria razão impõe a devolução, mas obrigá-lo a pagar mediante a força.¹²

Modernamente, apesar de alguns autores, como Hans Kelsen, apontarem o Direito como ordem coativa,¹³ verifica-se uma tendência na Filosofia do Direito em não se identificar o Direito com a coação nem em erigir este em elemento essencial ao fenômeno jurídico. Ao contestar a tese de que o Direito se compõe de regras com respaldo na força e tachá-la de absurda, Alf Ross argumentou que essa ideia levaria à exclusão do Direito daquelas normas que não se apoiam na força, como as relativas à competência dos juízes ou tribunais e parte das que integram o Direito Constitucional e Administrativo, pois “razões de coerência obrigam a negar que tais áreas de Direito tenham caráter jurídico”.¹⁴ O autor dinamarquês não concorda em que tais normas, por sua conexão com normas coativas, possam ser consideradas como protegidas pela força.

Em reflexões sobre a *vexata quaestio*, Goffredo Telles Júnior, com clareza, aponta um equívoco fundamental nos autores que consideram a coação um elemento essencial ao Direito, qual seja, o de confundirem o *contingente* com o *necessário*. A coação jurídica seria apenas contingente, pois a força nem sempre é acionada. A maior parte dos destinatários das normas presta-lhes obediência com espontaneidade de querer. O antigo catedrático da Universidade de São Paulo não nega importância à coação jurídica. Para ele, “precisamente por ser uma força a serviço do Direito, a coação não constitui o próprio Direito, e sim um elemento externo, que vem prestar socorro à norma violada”.¹⁵

Pode-se dizer que um elemento é essencial a um objeto quando este, sem aquele, deixa de existir como tal. Para o relógio tradicional, os ponteiros são peças essenciais, de vez que, sem eles, aquele não poderá marcar as horas. Sendo a coação a força física em ato, faz parte de nossa observação o fato de que as normas jurídicas, em sua generalidade, são cumpridas espontaneamente pela sociedade, independentemente do exercício da coação. Isto se torna necessário apenas quando os indivíduos se rebelam, e isto ocorre não como regra geral, mas excepcionalmente. É inaceitável, portanto, que se tome a coação como elemento essencial ao Direito. Examinemos a matéria, agora, por outro prisma. O Direito pode prescindir da coação? Embora o Direito recorra à força física apenas eventualmente, é fundamental à sua efetividade que ele possa acionar o aparato coativo todas as vezes que se fizer necessário, circunstância esta que por si responde à indagação. O que se nos revela essencial ao Direito é a coercibilidade, ou seja, a possibilidade de o Direito empregar a força. Não houvesse a previsão legal da coação, quais seriam os limites do *bad man* na sociedade? Que força impediria a sua agressão? Parece-nos de um teorismo especioso trazer à colação, para contra-argumentar, a distinção entre validade e efetividade do Direito, para culminar com a afirmação de que o Direito sem coação é válido, embora careça de efetividade. Sem esta

perguntamos, poderá haver Direito? Este existe quando a norma consagra valores de convivência e promove a adaptação social.

Entre as objeções apresentadas pela corrente espiritualista, segundo Del Vecchio,¹⁶ consta o argumento de que o Estado, na qualidade de possuidor do monopólio da coação, não poderia ser constrangido, “pois ninguém pode exercer coação sobre si mesmo”. Tal linha de pensamento não se acha ajustada com o atual estágio de evolução da cultura jurídica, mais especificamente, com o Estado de Direito. Neste, o Estado se faz presente não apenas como órgão sancionador, mas como ser dotado de direitos e deveres. As regras coativas contra o Estado, embora várias delas sejam especiais, se acham definidas no ordenamento jurídico, podendo os pretenses de direitos reivindicar nos pretórios. Para a hipótese de não acatamento às decisões judiciais pelos Estados-membros, há a previsão constitucional de intervenção. Partindo do Poder Central a desobediência, tal procedimento enseja o exercício de uma dupla espécie de coação: o exercício da força pelo povo, mediante golpe de Estado ou da prática revolucionária.

A *atributividade*, ou *bilateralidade*, como reivindicam Miguel Reale e Goffredo Telles Júnior,¹⁷ é característica ímpar das normas jurídicas, pois somente estas conferem poder de exigibilidade ao sujeito ativo da relação jurídica. Todavia, não é a única nota a conferir especificidade ao Direito, distinguindo-o dos demais instrumentos de controle social. A coercibilidade é também uma característica ímpar das regras jurídicas.

A peculiar condição do Direito Internacional Público, que padece de problemas relativos à coação e efetividade, em nada abona a tese espiritualista. Não obstante careça esse ramo de um órgão monopolizador da coação, esta existe, embora deficiente, e exercida pelo Estado através de represálias, bloqueio pacífico, ruptura de relações diplomáticas, embargo etc. Não se pode afirmar que a efetividade do Direito Internacional Público seja inferior à do Direito interno, nem que o equilíbrio internacional que proporciona seja inferior ao existente nos Estados.

40. CONCLUSÕES

A coação estatal, inclusa nos sistemas jurídicos, é fator valioso e muitas vezes preponderante para se alcançar a obediência à lei. Pelo fato de sua aplicação não ser em caráter permanente, apenas eventual, não faz parte da essência do Direito. A sua previsão nos ordenamentos jurídicos se justifica porque seria contraditório se o legislador, sabedor da fraqueza moral do homem, não dotasse o Direito Positivo de uma reserva de força. O Direito, assim como os demais instrumentos de controle social, seria apenas um convite para a adoção de determinados modelos. A coercibilidade, entendida como possibilidade de o Judiciário ou órgãos da administração acionarem a força, revela-se fator essencial ao Direito.

A atributividade, que faz parte também da essência do Direito, seria inócua se a sustentá-la e a garanti-la não houvesse, subjacentemente, o elemento força. Somente é significativo o *poder de exigir* na medida em que o ordenamento jurídico dote o titular do direito da prerrogativa de exigir também do Estado a movimentação de seu aparato coercitivo.

Malgrado a coação contribua decisivamente para a efetividade do Direito, devemos reconhecer: a) é certo que a maioria das pessoas, interpretando nas normas jurídicas a presença de deveres morais diretos ou indiretos, adota os comportamentos definidos em lei espontaneamente, por impulso da consciência; b) a rebeldia é tão acentuada em determinadas pessoas, que nem os ditames da razão e nem os argumentos da força atuam inibidoramente na conduta, seja para induzir a ação obrigatória ou provocar a omissão ditada pelo ordenamento jurídico.

41. LIMITES ÉTICOS À COAÇÃO

Até que ponto é legítimo o legislador valer-se de mecanismos de constrangimento para alcançar a efetividade das normas jurídicas? A matéria envolve ampla e complexa análise. Diversos fatores devem ser considerados, notadamente a proporção entre o direito subjetivo a ser satisfeito e os mecanismos de pressão. Se está em jogo a sobrevivência do titular do direito subjetivo, a coação e a sanção devem ser as mais elevadas. Quando a lei admite a prisão civil para o devedor de alimentos, a medida extrema se justifica à vista do valor tutelado, pertinente à vida. Tal penalidade, restrita a esta hipótese pela ordem jurídica, anteriormente se estendia ao depositário infiel e ao alienante fiduciário. A limitação é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal e se esteja no *Pacto de San José*, subscrito pelo nosso país.

A força a serviço do Direito tem por limite a dignidade da pessoa humana. Se o réu em ação de investigação de paternidade se recusa a submeter-se ao exame do DNA ou um motorista se nega a participar do teste de aferição de ingestão alcoólica, ambos não podem ser constrangidos corporalmente. Prevalece o princípio da incolumidade física. Em tais circunstâncias, vale-se o ordenamento de fórmulas alternativas, como a presunção de paternidade, no primeiro caso, e aplicação de multa, além de suspensão do direito de dirigir por doze meses, no segundo (arts. 165 e § 3º do art. 277 do Código de Trânsito Brasileiro).

A penalidade contratual, prevista como desestímulo ao inadimplemento, nem sempre encontra amparo na coação estatal. À vista do princípio da eticidade, os juízes podem reduzir o *quantum* estipulado se o valor for exorbitante ou o requerido houver cumprido parcialmente a obrigação.

Em se tratando de obrigações de fazer infungíveis, aquelas que devem ser executadas exclusivamente pelo contratado, uma vez que são personalíssimas, o descumprimento não autoriza a exigência do adimplemento forçado, *manu militari*. Se a obrigação de fazer, diversamente, for de natureza fungível, o devedor poderá encarregar terceira pessoa para o trabalho. Descumprida a obrigação, ao credor será permitido recorrer a outrem para a execução e, em consequência, cobrar do contratado a importância correspondente, sem prejuízo de penalidades.

-
- 1 **Ciencia y Filosofía del Derecho.** 1. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 305.
 - 2 **Teoria Geral do Direito.** São Paulo: Saraiva, 1942, p. 103.
 - 3 **Teoria Pura do Direito.** Trad. da 2. ed. Coimbra: Arménio Amado-Editor, Sucessor, 1976, p. 63.
 - 4 **Principios de Teoría e Ideología del Derecho.** Madrid: Editorial Debate, 1978, p. 19.
 - 5 **Direito e Coerção.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 35.
 - 6 **Filosofía del Derecho.** 2. ed. Barcelona: Bosch-Casa Editorial, 1961, p. 376.
 - 7 **Lições Preliminares de Direito.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 72.
 - 8 Op. cit., p. 378.
 - 9 **As Regras do Método Sociológico.** São Paulo: Nacional, 1960, p. 3.
 - 10 Op. cit.
 - 11 **A Finalidade do Direito.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, v. I, p. 174.
 - 12 **Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho** México: Universidad Nacional Autónoma de

México, 1978, p. 34.

13 Op. cit., p. 63.

14 **Sobre el Derecho e la Justicia**. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, p. 51.

15 **Filosofia do Direito**. São Paulo: Max Limonad, s/d., v. II, p. 429.

16 **Lições de Filosofia do Direito**, cit., v. II, p. 134.

17 REALE, Miguel. **Filosofia do direito**, cit., p. 668; TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Filosofia do Direito**, cit., v. II, p. 431.

Capítulo 8

ATRIBUTOS DE VALIDEZ DO DIREITO

Sumário: 42. Considerações prévias. 43. Vigência. 44. Eficácia. 45. Efetividade. 46. Legitimidade. 47. Conclusões.

42. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O estudo acerca da validade do Direito nos proporciona importante avanço na compreensão do fenômeno jurídico e seu mecanismo de funcionamento, malgrado as dificuldades que se deparam e se têm de enfrentar no curso das investigações. Das matérias tratadas na Filosofia Jurídica, a presente é daquelas que oferecem um generalizado campo de debates, e suas conclusões não têm significado isolado, pois implicam tomada de posição sobre diversificados temas polêmicos de nossa disciplina. Algumas observações iniciais poderão facilitar a análise do leitor. Este deverá prevenir-se quanto à variação terminológica adotada pelos autores, cuidando ao mesmo tempo de apreender as definições de cada um dos atributos do Direito, pois muitas vezes a dificuldade em assimilar ideias complexas deve-se ao desconhecimento de premissas lógicas do expositor.

Por *validade* denominamos genericamente os vários atributos do Direito: vigência, eficácia, efetividade, legitimidade. O termo *vigência*, empregado como sinônimo de eficácia por autores de língua espanhola, conforme adverte Miguel Reale,¹ é identificado aqui como validade extrínseca da norma pelo preenchimento de formalidades essenciais à sua formação. É o período de tempo no qual a norma se mantém obrigatória. Pelo atributo *eficácia*, designamos restritamente a norma que obtém socialmente a realização do valor pretendido por seu autor. Por *efetividade* do Direito, tratamos a norma que logra extensa adesão entre os seus destinatários e acatamento pelos órgãos encarregados de sua aplicação, seja no âmbito da administração ou da justiça. Muitos autores, não fazendo distinção entre este atributo e eficácia, empregam os termos como sinônimos. Finalmente, por *legitimidade* abordamos a justificação ética das normas. Tal atributo é denominado, por alguns expositores, por validade intrínseca ou fundamento ético do Direito.

43. VIGÊNCIA

O atributo jurídico denominado *vigência* significa que a norma, por atender a determinados requisitos técnico-formais de elaboração e positividade, acha-se posta à executoriedade. É com ela que a norma jurídica obtém obrigatoriedade e são estabelecidos seus marcos temporais de validade: início e fim de obrigatoriedade. De acordo com García Máynez, a vigência da norma depende exclusivamente do preenchimento de requisitos extrínsecos.² Relativamente à lei, segundo lição de Miguel Reale, o atributo pressupõe: legitimidade do órgão elaborador e sua competência em razão da matéria, bem como a legitimidade do procedimento.³

Na oportunidade da aplicação do Direito ao caso concreto, o julgador poderá examinar as condições de vigência da lei ou o preenchimento dos requisitos essenciais à formação do costume e da jurisprudência. Tal etapa é denominada por *crítica formal*. O aplicador, após proceder a diagnose do fato e do Direito e antes de encetar as tarefas de interpretação, poderá questionar a validade formal da fonte utilizada. Constatando, v.g., a ocorrência de

algum vício no processo de elaboração da lei, como a desobediência ao regimento interno do legislativo, forçosamente deverá concluir pela não obrigatoriedade da lei, reconhecendo, destarte, a sua falta de vigência.

Alguns escritores, como Arnaldo Vasconcelos, entendem que vigência é algo afeto exclusivamente à lei, pois a norma consuetudinária e a jurisprudencial formam-se com a efetividade, mediante o cumprimento de prescrições.⁴ A matéria, todavia, não é pacífica, pois é possível cogitar-se quanto à existência de pressupostos fundamentais em ambas espécies normativas. A regra costumeira, por seu lado, somente atinge condição jurídica ao apresentar, além da *opinio juris seu necessitatis* (elemento interno), o denominado elemento externo: repetição constante e uniforme de uma prática social (*consuetudo inveterada*).⁵

Quanto à jurisprudência sumular existente em nosso país, a criação de normas pelos tribunais deverá atender a requisitos extrínsecos, donde se poderá concluir que a noção de vigência também é aplicável a essa forma de expressão jurídica. Se considerarmos a definição de R. Stammler, citada por A. Vasconcelos, segundo a qual “a vigência de um Direito é a possibilidade de sua atuação”, podemos assentar que o Direito Costumeiro e o Jurisprudencial têm o atributo, na medida em que suas normas satisfaçam aos requisitos formais. Stammler foi mais longe e admitiu que a vigência “é comum a todas as classes de querer, manifestando-se em cada uma delas de modo idêntico”.⁶ O jurista alemão reconheceu que a validade formal é inerente não só ao Direito, mas também à Moral e aos Usos Sociais. É de se notar, ainda, que o autor não se referiu nominalmente à lei, mas ao termo Direito. García Máñez também considera o conceito de vigência extensivo às normas costumeiras e jurisprudenciais. Após identificar vigência com “normas jurídicas reconhecidas ou criadas pelo poder público” e esclarecer que uma iniciativa de lei, para se converter em Direito vigente, requer a concorrência de requisitos de índole extrínseca, concluiu afirmando que “*las mismas ideas son aplicables al llamado derecho consuetudinario*” e que “*los requisitos que, de acuerdo con la teoría tradicional, condicionan el nacimiento de la costumbre jurídica son, también, puramente extrínsecos*”.⁷

Partindo do conceito de que vigência significa “existência específica de uma norma” e que esse atributo indica a ordem do *dever ser* e não a do *ser*, Hans Kelsen destaca a necessidade de se distinguir vigência de eficácia, entendida esta como “fato real de a norma ser efetivamente aplicada e observada”. Em seguida a tais considerações, o famoso autor austríaco, modificando substancialmente o seu pensamento e desnaturando a pureza metódica de sua teoria, condiciona a vigência da norma, isto é, a sua validade, a um mínimo de eficácia: “Uma norma que nunca e em parte alguma não é eficaz em uma certa medida não será considerada como norma válida (vigente). Um mínimo de eficácia é a condição de sua vigência.”⁸ Tal concepção, apresentada na segunda edição de *Teoria Pura do Direito*, revela que o grande teórico, para a formação do Direito, além da norma passou a exigir a presença do fato.

A positividade do Direito pressupõe vigência? A doutrina tem apresentado divergência a respeito. Pensamos que, embora conceitos distintos, não podendo assim ser tomados como sinônimos, positividade e vigência mantêm coimplicações e mutuamente se pressupõem. Por positividade entendemos a simples existência de norma jurídica reconhecida pelo Estado. O termo é diferenciador exclusivamente do Direito Natural. Para ser positivo, isto é, para apresentar-se como processo de adaptação social, o Direito tem de revelar “possibilidade de atuação”; suas normas têm de estar postas à executoriedade. Em outras palavras, para ser positivo o Direito tem de ser vigente. Os sistemas jurídicos do passado não podem ser considerados, atualmente, Direito Positivo, pois deixaram de ser processos de adaptação social, para formar capítulos na História do Direito, enquanto os códigos meramente planejados – *de lege ferenda* – não têm ainda “possibilidade de atuação”, vigência, possuindo apenas aspiração a se

transformarem em Direito.

García Máñez, considerando equívoco tomarem-se como sinônimos os termos Direito Positivo e Direito vigente, pensa que “a nota de positividade é independente dos atributos de validade formal e validade intrínseca”. Desenvolvendo o seu pensamento, conceitua o Direito Positivo “como todo ordenamento que se cumpre” ou, com outras palavras, “a positividade é o fato da observância de tais normas”.⁹ Observa-se que a positividade residiria no fato de cumprimento das prescrições, não se localizando, pois, na regra jurídica. Tais ideias se mostram mais claras com a definição de M. Djuvara, citada pelo pensador mexicano: “O Direito Positivo é o que efetivamente se pratica sejam quais forem as prescrições da lei. Uma lei que, por hipótese, nunca se cumprisse, não seria em realidade Direito Positivo.”¹⁰ Esse conceito revela que, além do sistema de legalidade, formado pelo conjunto de leis e por outras normas jurídicas, haveria o ordenamento positivo definido pelas regras vividas e efetivadas nas relações interindividuais. Enquanto o sistema de legalidade apresentaria o atributo de vigência, o de positividade somente o de efetividade. Nem sempre esse dualismo se faria expresso, mas apenas quando o comportamento social não se enquadrasse nas normas do sistema de legalidade. Essa opinião apresenta um cunho fortemente sociológico, pois outorga à sociedade um poder emanador de regras que se situariam em plano superior às impostas pelo poder estatal.

Apesar de haver coerência nas ideias de García Máñez, pois não identifica vigência como obrigatoriedade mas simplesmente como “normas reconhecidas ou criadas pelo poder público”, pensamos que essa compreensão do Direito legitimária, com graves riscos para a organização social, quaisquer normas que alcançassem efetividade. Assim, a *consuetudo ab-rogatoria*, que é uma prática social diversa da prescrição emanada do Direito vigente, seria Direito Positivo, independentemente de qualquer apreciação. Embora admitamos força jurídica na *consuetudo abrogatoria*, desde que atendidos determinados pressupostos, não chegamos a admitir o dualismo jurídico, isto é, o vigente e o positivo. Entendemos que o costume *contra legem*, ao ser reconhecido, possui o poder de revogar a norma anterior, subtraindo-lhe para si a vigência e passando a integrar o Direito Positivo, sem formar o paralelismo preconizado pelos referidos autores.

44. EFICÁCIA

Diez Picazo, apoiando-se no pensamento de Capella, distinguiu eficácia de efetividade, termos esses utilizados como sinônimos por alguns autores ou compreensivamente abordados sob a primeira denominação.¹¹ Por *eficácia* devemos designar o resultado social positivo alcançado pelas normas jurídicas. Lei eficaz é a que provoca as consequências sociais almejadas por seu autor ao elaborá-la.

Ao programar um conjunto de normas, o órgão criador tem por mira atender à realidade social, que apresenta algum tipo de problema. O instrumento normativo é empregado como recurso técnico capaz de resolver a questão. Como processo de adaptação social, o Direito é estabelecido de acordo com a situação histórica, sob medida para os fatos que desafiam o administrador. A nomogênese jurídica definida por Reale, relativamente à lei, indica que o legislador, pretendendo lograr determinado resultado social, ao consagrar um valor ou mais de um, tem normalmente à sua disposição vários modelos de lei que poderão ser adotados, entre os quais deverá selecionar o mais apto a atingir os fins sociais desejados.¹² O instrumento legal, portanto, precisa ser planejado meticulosamente, impondo-se ao legislador conhecer previamente a realidade social subjacente. Assim se orientando o legislador, a lei deverá produzir os efeitos que dela são esperados e obter, ulteriormente, eficácia. Consideremos a hipótese de o administrador pretender resolver o problema de carência de moradias em determinada época. Visando a incentivar a

construção civil, terá diante de si algumas alternativas para o encaminhamento da solução, entre as quais escolherá uma fórmula que transformará em lei. Esta logrará eficácia se, com a promulgação e vigência, induzir à construção de habitações em número correspondente à sua expectativa.

45. EFETIVIDADE

Por *efetividade* nomeamos o fenômeno social de obediência às normas jurídicas. Por serem passíveis de transgressão, as normas nem sempre alcançam plena efetividade. O índice de adesão às regras depende de vários fatores, sendo certo que a coercibilidade – força a serviço do Direito – atua como um dos estímulos da efetividade. A adequação do Direito ao fato, a racionalidade das fórmulas adotadas, o grau de justiça contido na solução preconizada para o problema social são também alguns motivos que induzem à obediência. A noção de efetividade compreende, ainda, a aplicação das normas pelos órgãos encarregados da administração da justiça: tribunais e administradores.

Cada instrumento normativo apresenta graus de efetividade, podendo ser aferido mediante pesquisa sociológica, que deverá detectar os fatores de adesão e os de desobediência, de cujas informações o legislador deverá tirar o devido proveito, seja para o aprimoramento da lei ou visando à substituição. A importância da efetividade é significativa, pois sem ela o Direito não realizará os processos adaptativos necessários à condução dos interesses sociais.

Durante a sua vigência, em razão de fatores diversos, a lei poderá cair em desuso, seja porque não conseguiu sequer alcançar efetividade, ou porque veio a perdê-la. O problema fundamental gerado com a *desuetudo* refere-se à vigência. A lei permanecerá em vigor e, como tal, obrigatória? O aplicado estudioso poderá, de imediato, responder negativamente, indicando as prescrições do artigo 2º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que não prevê a hipótese de revogação de lei pelo desuso. A questão extrapola, todavia, os limites daquele texto e envolve largo dissídio doutrinário.

Antes de abordarmos as correntes que discutem a *vexata quaestio*, de acordo com o defeito que apresentam, classificamos as leis em desuso em *anacrônicas*, *artificiais*, *injustas* e *defectivas*. Por anacrônicas designamos as que envelheceram durante a vigência, provocando o fenômeno *cultural lag* ou descompasso entre o avanço social e o correspondente acompanhamento da lei. Artificiais são as leis que não retratam a realidade onde vigem. Foram programadas em gabinetes, com alheamento à lição dos fatos ou produto de recepção de Direito estrangeiro. Além de expressarem os costumes do povo, as leis devem consagrar o valor do justo, atribuindo a cada um o que lhe é devido. Leis injustas são as que ordenam os fatos com medidas desiguais, negando ao homem o seu correspondente quinhão. Finalmente, leis defectivas são as que não apresentam os dados necessários à sua plena execução.

Dois argumentos básicos dão sustentação à tese de validade da *desuetudo*. Um deles é de origem pública e se fundamenta na ideia de que apenas nas monarquias absolutas, onde a lei é a expressão da vontade de um soberano, seria admissível a revogação pelo desuso. Nos Estados modernos, organizados sob a tríplice divisão dos poderes, em que o povo tem a oportunidade de selecionar seus representantes e de influenciar na administração, não haveria tal possibilidade. A perda de efetividade não teria a força de apagar a vigência da lei. Entre os defensores dessa linha de pensamento destacam-se os nomes de Aubry e Rau, Duvergier, Planiol, Demolombe, Laurent. Com fundamento no princípio da hierarquia das fontes formais, diversos autores defendem a tese da permanência em vigor, realçando a primazia da lei sobre o costume. Seguem essa linha de pensamento, entre nós, Orlando Gomes, Vicente Ráo Alípio Silveira, sendo que o primeiro enfatizou que a lei somente se revoga por outra lei.

As correntes partidárias do poder revogador da *desuetudo* baseiam-se nos seguintes argumentos: a) renúncia tácita do Estado pela aplicação da lei; b) irrelevância e insubsistência da exclusão, pelo sistema jurídico, do caráter revocatório do desuso; c) validade da lei condicionada a um mínimo de efetividade. Considerando o fenômeno *desuso* como a lei que não atinge o mínimo razoável de adesão social e aplicabilidade nos tribunais, entendemos que a sua imposição coercitiva implica desrespeito ao valor segurança jurídica. Os destinatários da lei, em sua maioria leigos, orientam-se apenas de acordo com a realidade objetiva, com o fato da experiência, e esta não tem como registrar os padrões de conduta social ditados por lei em desuso. A fim de preservar a *certeza jurídica*, núcleo do valor segurança, e reconhecendo força jurídica na conduta uniforme da sociedade, atribuímos ao desuso, com restrição às leis de ordem pública, *poder revogador*, convictos de que essa orientação, ainda que não autorizada expressamente por dispositivo legal, dimana do sistema jurídico com imanência, pois o valor segurança jurídica é o alvo imediato de cada ordenamento.

46. LEGITIMIDADE

Além de atender a pressupostos extrínsecos, procedimentais, deverá o Direito satisfazer à exigência de ordem sociológica ou intrínseca, para obter validade e ser obrigatório? Embora se espere do jurisfilósofo uma resposta concreta, o fato é que a comunidade de pensadores oferece uma pluralidade de correntes ideológicas, onde se observam inclinações de índole positivista, sociológica, espiritualista.

O *homo juridicus* legalista se contenta apenas com o regime de legalidade, onde o relevante é o exame dos requisitos extrínsecos ou formais do ordenamento. Ele não busca, em algum ponto fora da norma, a referência legitimadora do Direito Positivo. Este seria um produto acabado com o atributo de vigência. É o pensamento positivista projetado no âmbito jurídico. De inspiração comteana, essa filosofia desenvolve a sua reflexão apenas com elementos objetivos fornecidos pela experiência concreta.

Em posição diametralmente oposta se situam os jusnaturalistas, que preconizam o Direito Natural como fonte legitimadora do *Jus Positum*. Não bastaria que a norma preservasse a Lei Maior e fosse isenta de vícios procedimentais para que alcançasse plena validade. Esta seria obtida quando as normas jurídicas traduzissem os princípios do Direito Natural, mantendo-se acordes com a ordem natural das coisas.

Análoga à posição jusnaturalista, a teoria axiológica condiciona a validade da norma à preservação dos valores jurídicos. Para muitos jurisfilósofos, a instância suprema de legitimação do Direito repousaria no valor justiça, retratado o *Jus* como tentativa de realização do justo. Alguns autores indicam a segurança jurídica como a fonte legitimadora, sob o fundamento de que nesse valor radica a motivação imediata e direta de todo o ordenamento. No dizer de Recaséns Siches “o Direito não surgiu na vida humana pelo desejo de se render culto ou homenagem à ideia de justiça, senão para preencher uma iniludível exigência de segurança, de certeza na vida social”.¹³

Nem sempre conciliáveis os valores justiça e segurança jurídica, o *homo juridicus* deverá definir-se a respeito, e o momento oportuno surge com o exame das leis injustas. São elas Direito e, como tal, válidas e obrigatórias? Grande parte da Filosofia do Direito dedica-se a responder cabalmente a essa indagação. A matéria é das mais complexas, pois registra o conflito entre os valores justiça e segurança. Se o jurista opta pela aplicação da lei injusta, na verdade ele sufraga o valor segurança. Se o procedimento é inverso, com o abandono da lei e eleição de outro critério compatível com os anseios de justiça, haverá a postergação da segurança jurídica em benefício do *suum cuique tribuere*. Ambas posições oferecem sérios riscos para o sistema e seus destinatários. Pura e simplesmente admitir que a lei não careça de qualquer fundamentação ética é também admitir como Direito qualquer expressão

normativa por mais infame que seja; é justificar a ação dos Estados totalitários e legitimar as leis que não dimanam do Estado de Direito. Em contrapartida, deixar ao critério do Judiciário, além do julgamento do fato, o julgamento ético da lei, é atribuir àquele Poder uma competência legiferante superior à do Legislativo. Um dos pilares da democracia reside no pleno equilíbrio entre os Três Poderes, e toda vez que um deles açambarcar a competência de outro já não se poderá falar em Estado democrático.

Embora não vislumbremos uma fórmula plenamente satisfatória, admitimos duas conclusões básicas a respeito: a) a lei injusta, desde que extrinsecamente válida, deverá ser aplicada aos casos concretos, pois a sua não adoção em nome da justiça poderá criar problemas sociais mais graves, já que a segurança jurídica perderia em termos de definição e certeza; b) como um limite estabelecido, a lei injusta não seria aplicável na hipótese de violar os valores fundamentais da pessoa humana, isto porque a obediência cega às leis poderia criar situações gravíssimas, conforme observa Díez Picazo: “(...) a prescrição pode ser um autêntico delito de Direito das Gentes. Pense-se na chamada lei para a solução final do problema judaico ou nas leis sobre ‘apartheid’ na África do Sul.”¹⁴

Há diversas correntes de natureza sociológica que buscam a instância legitimadora do Direito na sua correspondência aos fatos sociais, nas aspirações do povo ou na participação desse na elaboração do *Jus Positum*. O questionamento não se refere ao critério adotado na disciplina do fato, mas à sua correspondência ou não ao querer social. Tal espécie de crítica é comum nos Estados onde impera a arbitrariedade e onde não vive o Estado de Direito. Esse se caracteriza, em nossa opinião, pelo respeito aos direitos humanos e pela participação do povo na condução de seus negócios.

Há de se registrar, ainda, a posição das escolas teológicas, que prosperaram no passado. Sob a crença de que o Direito emanava dos deuses, legítimas seriam as normas que derivassem daquela fonte, como a hipótese do Alcorão, lei básica, ainda hoje, de alguns povos.

47. CONCLUSÕES

Os atributos do Direito aqui perfilados e submetidos à reflexão afluem em nossa área de estudo em razão de o Direito integrar a ordem do *dever ser*; de configurar uma programação de condutas a serem observadas e que muitas vezes não são cumpridas, isto justamente porque o Direito não expressa a natureza do *ser*. Fosse o Direito um código de descrição de fenômenos que ocorrem *necessariamente*, não seria passível de violação, e a problemática da validade não estaria a desafiar o pensamento de juristas-filósofos. A inteligência e racionalidade do homem, por si apenas, não substituem o Direito Positivo excluindo os conflitos nem impedem o descumprimento da lei. As divergências que a análise do tema relativo à validade do Direito oferece é parte apenas do amplo questionamento que envolve o mundo das normas jurídicas, e as conclusões que se seguem, embora sujeitas à polêmica, registram a experiência de seu autor.

O atributo vigência não requer obrigatoriamente que o Direito correspondente seja eficaz. O não alcance dos objetivos sociais motivadores da ação legislativa devem induzir a revogação formal da norma. A cessação de vigência, sob tal fundamento, não se opera automaticamente. A eficácia do Direito pressupõe a vigência? Ordinariamente sim, pois juridicamente a solução de problemas só advém da norma que se põe obrigatória aos seus destinatários.

O Direito Natural, por seus princípios fundamentais, é essencial à validade extrínseca das normas jurídicas. Eficácia requer efetividade, pois é pelo cumprimento das normas que os efeitos sociais se concretizam. Ela independe, todavia, de legitimidade, pois leis espúrias podem produzir resultados positivos. A nota de efetividade não

requer vigência, pois ainda que eivadas de vício técnico-formal as normas podem lograr adesão social e aplicação pelos tribunais. Igualmente prescinde de legitimidade, pois as normas podem ser acatadas socialmente, malgrado a carência de justificação ética. Finalmente, quanto à legitimidade, esta não pressupõe vigência, pois é possível que as normas sem validade extrínseca sejam substancialmente justas, ou promovam o *saber a que se ater*, estejam conectadas com o Direito Natural e acordes com os anseios sociais. Embora as normas legítimas tendam a alcançar eficácia e efetividade, tais atributos não são indispensáveis à validade intrínseca do Direito.

-
- 1 **Lições Preliminares de Direito.** Op. cit., p. 105, nota 1.
 - 2 **La Definición del Derecho.** 2. ed. México: Universidad Veracruzana, 1960, p. 22.
 - 3 Op. cit., p. 110.
 - 4 **Teoria da Norma Jurídica.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 316.
 - 5 À guisa de ilustração nos reportamos ao art. 337 do Código de Processo Civil, que apresenta uma exceção ao princípio *iura novit curia*, dispondo que o juiz poderá exigir, em se tratando de Direito estrangeiro, estadual, municipal ou costumeiro, que a parte prove o seu teor e vigência. Observe-se que o legislador se refere à *vigência do Direito costumeiro*. Tal dispositivo é relevante, pois, não sendo de índole política mas de natureza técnica, reflete o pensamento do jurista brasileiro Alfredo Buzaid e de vários outros que influenciaram na elaboração do aludido Código.
 - 6 **Economía y Derecho.** Trad. da 4. ed. Madrid: Editorial Reus S. A., 1929, p. 155.
 - 7 Op. cit., p. 24.
 - 8 **Teoria Pura do Direito**, cit., p. 30.
 - 9 Op. cit., p. 35.
 - 10 *Apud* MÁYNEZ, Eduardo García. Op. cit., p. 37, nota 2.
 - 11 **Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho.** Reimpressão da 1. ed. Barcelona: Ariel Quincenal 1975, p. 193.
 - 12 REALE, Miguel. Op. cit., p. 205.
 - 13 *Apud* LEGAZ Y LACAMBRA, Luís. Op. cit., p. 584.
 - 14 Op. cit., p. 183.

Capítulo 9

O JURISTA E A CULTURA JURÍDICA

Sumário: 48. O jurista. 49. O Direito e os princípios. 50. Cultura jurídica. 51. O jurista e a exegese. 52. O jurista e as Ciências Jurídicas. 53. *Homo juridicus*.

48. O JURISTA

48.1. Aptidão para conhecer o Direito. O Direito Positivo é um fenômeno complexo que, por sua natureza histórica e pluralidade de dimensões, faz com que a sua plena compreensão dependa de vários setores de pesquisa: o *lógico*, que alcança o normativo e se estende ao Direito Comparado, o *ético*, o *sociológico* e o *histórico*. Esse conhecimento amplo não se faz em progressão linear, mas em forma espiral, num processo lento e de constante sedimentação.

A organização jurídica de um país exige tanto o agrupamento de leis quanto a presença de operadores do Direito e de juristas. Os primeiros são versados na manipulação do sistema, seja na condição de postulantes ou na aplicação de regras em casos concretos. O que identifica a classe de juristas não é tanto o conhecimento de sistemas jurídicos, mas fundamentalmente a aptidão para conhecer o Direito. Caracteriza-se mais por essa capacidade de distinguir o lícito do ilícito e em assimilar os princípios e teleologia das leis. Ele não há de dominar, necessariamente, com o saber, as diversas ciências jurídicas. À sua percepção geral não pode faltar o senso do justo nem a sensibilidade para o sociológico no Direito. Além de espírito lógico, a aptidão para conhecer o Direito requer uma formação cultural básica, capacidade de abstração e sentimento ético, visão sociológica e domínio da linguagem. Discorrendo sobre os requisitos necessários à formação do jurista, John Austin deu ênfase especial ao conhecimento de línguas da antiguidade clássica e à Lógica, que seria indispensável à cognição das ciências morais. O estudo do Direito estaria na dependência de processo de inferências fundadas em analogia.¹

O saber do jurista não se limita no espaço, adstrito ao ordenamento de um determinado Estado, visto que a sua cultura se solidifica em princípios universais, de onde promanam leis básicas de diferentes povos. A atividade fecunda do jurista se desenvolve no plano *de iure constituto*, que é o do Direito vigente, e no *de iure constituendo*, quando cogita sobre o Direito a ser criado, aquele que se ajustará à constituição e se amoldará aos novos princípios que a ciência jurídica revela, em harmonia com o momento histórico.

Relativamente ao Direito vigente, em uma primeira fase, o jurista elabora a sistematização, depurando os textos legislados, e outras formas de expressão, das incoerências e conflitos que apresentam, promovendo, destarte, a definição da ordem jurídica. Esta consiste em um complexo normativo homogêneo em princípios, prescrições, valores e teleologia. Ao executar tão relevante tarefa, não se orienta apenas pela análise pessoal das fontes, pois consulta a jurisprudência dos tribunais, que é reveladora do Direito vigente e, sob certo aspecto, ao sistematizar o Direito ele complementa o trabalho do legislador, pois elimina excessos e dá acabamento ao seu produto. A tarefa de ordenar o Direito exige a concomitante exegese das formas de expressão do ordenamento. A interpretação é técnica imprescindível à sistematização, servindo-se de *meio*. O escopo do jurista pode estar concentrado, todavia, na interpretação como *tarefa fim*, quando então desenvolve metodologicamente a *mens legis*. Isto ocorre quando já dispõe de documentos legais definidos. A atividade decodificadora requer a prévia sistematização. Esse conjunto de

atividades intelectuais é de natureza prática, pois o jurista não desenvolve função criadora, mas limita-se a operar sobre instrumentos preexistentes.

A produção científica do jurista configura a *doutrina jurídica*. Esta é a *communis opinio doctorum*. A relação entre a doutrina e o jurista é a existente entre uma obra e seu autor. Não há abordagem de um que não se estenda ao outro. Como pensamento científico, a doutrina somente origina-se da lavra dos *doutores da lei*. O verdadeiro jurista tem a sua formação composta de uma parte teórica e outra prática, conforme salienta Otto Bruns.² A sua capacidade não se restringe ao conhecimento dos princípios e normas jurídicas. Além de abordar fatos sociais a partir da compreensão do Direito vigente, é capaz de apontar no ordenamento os dispositivos legais aplicáveis a determinada *quaestio facti*. Com a desenvoltura com que analisa abstratamente o alcance fático de uma lei, as diversas hipóteses de sua incidência, apresenta as soluções jurídicas para os litígios concretos.

Em diferentes circunstâncias poderá o jurista discorrer sobre o fenômeno jurídico. Maior credibilidade terá a sua opinião na medida em que externar o seu pensamento livre de quaisquer compromissos políticos, jungido tão somente à sua íntima compreensão dos princípios e postulados. Como profissional, é convocado ao patrocínio de causas e para atuar na assessoria de empresas e administrações. Ainda no exercício de tais funções, de sua lavra poderão surgir novas teorias que se imporão no mundo jurídico. Podemos classificar a atividade dos juristas em três níveis distintos. Um é de natureza *prática*, em que se limita a sistematizar e a interpretar o Direito. Outro é de ordem *crítica*, quando questiona as leis vigentes, seja na avaliação de seu grau de ajustamento ao sistema, aos fatos sociais ou aos valores dominantes na sociedade. A atividade de índole *criadora* se patenteia quando sugere modelos originais de lei ao legislador, quando concebe novos institutos e princípios jurídicos.

É o jurista quem dá sustentáculo ao poder legiferante do Estado, pois é quem possui conhecimento específico e aptidão para o trabalho de modelagem de leis ou decretos. Como o Direito Positivo é também a expressão de ideologias dominantes, o trabalho do jurista, quando de assessoramento, é quase sempre influenciado por diretrizes políticas. Potência maior revela o jurista quando desenvolve o pensamento filosófico, porque este descerra horizontes e fornece embasamentos, ou se coloca na senda política, que impulsiona à criatividade. Para Georges Ripert, os juristas se entregam apenas ao estudo da técnica, descurando-se da reflexão filosófica e alheando-se da Política, pelo que renunciam a dirigir e a criar o Direito.³

48.2. Dever social do jurista. Não basta à sociedade a existência de um ordenamento jurídico; a presença de juristas, de especialistas atentos ao momento histórico e aos novos rumos do Direito, lhe é indispensável. Do jurista se espera a revisão crítica dos institutos jurídicos e os sinais de alerta diante das deficiências constatadas, sejam estas simples antinomias normativas, distorções axiológicas ou lacunas. Embora possa atuar em casos particulares, exercendo a tutela de direitos subjetivos individuais, o papel do jurista em uma sociedade vai além dos interesses privados.

Não é admissível um jurista ensimesmado, omissor, quando a sociedade indaga sobre questões jurídicas controvertidas, relacionadas com o seu campo de experiência. A função do jurista, diz Javier Hervada, é “*uma função social, uma capacidade operativa quanto à socialidade humana, de modo que essa se estruture e se desenvolva conforme o direito*”.⁴

Dada a credibilidade de sua palavra e as expectativas em torno de suas manifestações, o jurista possui uma grande responsabilidade moral, cabendo-lhe colocar a sua cultura a serviço do aperfeiçoamento das instituições e da conscientização da sociedade em geral. Diante de um caso concreto, polêmico e de repercussão, somente deve se

posicionar de acordo com a sua orientação doutrinária, seja no patrocínio da causa ou por comentários técnicos.

A função social do jurista é valiosa no esclarecimento do Direito vigente, quando desenvolve a ciência e a técnica da interpretação. Sua contribuição se faz, também, no plano *de lege ferenda*, ao revelar ao legislador a necessidade de novos instrumentos legais e as alternativas oferecidas pela Ciência do Direito *lato sensu*.

49. O DIREITO E OS PRINCÍPIOS

É comum dizer-se que o Direito está mais nos princípios do que nas leis. É que neles se acham concentradas as ideias diretoras dos sistemas jurídicos. Quem pretende assimilar a cultura jurídica há de cultivá-los, pois é a partir deles que se elaboram teorias e códigos. Há princípios de natureza estritamente jurídica e há outros, não jurídicos, consagrados pelos ordenamentos, como os pertinentes à moralidade. Embora se fundamentem na razão – estão impregnados de racionalidade – tais princípios são alcançados pela via da experiência. Pode-se dizer que o Direito são princípios e derivações de princípios. Estas se apresentam em distintas normas e aqueles se estendem amplamente, dando fisionomia e índole aos sistemas. O direito à vida é princípio; a norma criminalizadora do aborto é derivação. O elo entre os princípios e as derivações é o que existe entre a abstração e a concretude. Como ideia-força, os princípios se conjugam para promover o Direito como processo de adaptação social. Direta ou indiretamente, os princípios se acham comprometidos com a realização do Direito como fenômeno adaptativo e com os valores segurança e justiça.

A prática do Direito é uma operacionalização de princípios. Na elaboração, o legislador parte de princípios fornecidos pela *Jurisprudentia*, e na etapa de aplicação o operador jurídico, seguindo o método indutivo, analisa as regras na pesquisa de princípios reitores, que formam o cerne do Direito. Uma vez identificados os princípios, o exegeta, com orientação segura, desenvolverá a técnica da interpretação do Direito. Cristalização do saber universal, há princípios que possuem validade absoluta, como o da *anterioridade da lei penal*, ou o que se refere a o *respeito ao ato jurídico perfeito*. Outros há que se condicionam à espécie do sistema (*Common Law*, *Continental*). Por não darem sustentação a valores fundamentais, há os de menor consistência e que por isso variam no tempo e no espaço. Alguns, por seu grande teor de abstração e se vincularem à ordem natural das coisas, permanecem sempre válidos, como os famosos *praecepta juris: Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.⁵

Os princípios são necessários à elaboração dos sistemas e atuam ainda como elementos de integração do Direito. Nesta segunda função eles preenchem lacunas da lei, oportunidade em que o aplicador do Direito deverá identificá-los com os princípios do Direito Natural ou com os do ordenamento jurídico, segundo sua concepção, salvo quando houver orientação específica do sistema. O Direito pátrio a eles se refere como *princípios gerais de direito*, no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Embora o Direito Natural exerça importante papel na construção do ordenamento jurídico, entendemos, por imposição lógica e coerência, que os princípios, no processo de integração do Direito, são os consagrados pelo sistema.

Do ponto de vista do Direito, há uma hierarquia entre os princípios, delineada na constituição. Em nosso país, e de 1988 erige em princípio fundamental a *dignidade da pessoa humana* e apresenta um elenco de princípios sob o título *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*. Discute-se, doutrinariamente, em torno da solução em face de eventual conflito entre os princípios da dignidade da pessoa humana e o pertinente ao direito à vida. Este deve prevalecer, conforme entendimento judicial. Para os adeptos da seita *testamunhas de Jeová*, a transfusão de sangue somente deve ser feita mediante autorização do paciente, constituindo a violação desta regra um atentado à

sua dignidade, além de desrespeito ao princípio da liberdade de consciência e crença, garantido pela Constituição Federal, art. 5º, inciso VI. A orientação do paciente deve prevalecer à vista daqueles dois princípios, salvo em caso de risco de vida, pois o princípio do respeito à vida é soberano.⁶

Os princípios não se confundem com as normas jurídicas e a distinção básica consiste na abstratividade, que é maior naqueles. De um modo geral, os princípios são expressos na constituição e na doutrina, como diretiva para o legislador ordinário e para o intérprete do ordenamento. Dado o seu elevado grau de abstratividade, os princípios geralmente são insuficientes para a disciplina social; necessitam das normas jurídicas como instrumento de sua aplicabilidade. Os princípios contêm a filosofia da ordem jurídica, a sua linha ideológica. O *suposto* e a *disposição* não se apresentam explicitamente nos princípios, apenas nas normas. Para a hipótese de uma determinada ocorrência, a norma prevê uma consequência. Ao dispor deste modo o legislador se funda no conteúdo implícito dos princípios, de tal modo que haja harmonia entre estes e as normas.

Não há distinção ontológica entre princípios e normas, tanto que estas, na prática, são comumente tratadas por *princípios* e, às vezes, por *regras*, como anota Michel Troper. Para o mestre da Universidade de Paris X, a distinção consiste na maior generalidade e caráter vago ou programático dos princípios.⁷

O juiz deve considerar os princípios em suas decisões. E isto ocorre especialmente nos casos mais difíceis, que exigem um grande poder de argumentação do julgador. Ao analisar o caso *Riggs versus Palmer*, em que o Tribunal de Recursos de New York foi levado a responder se o assassino do avô, por ele nomeado herdeiro em testamento, teria direito de receber a herança, Ronald Dworkin, jurista norte-americano, destacou a importância dos princípios em determinadas decisões judiciais. O Tribunal, em sua linha de argumentação, fixou o entendimento preliminar de que as normas sobre testamento deveriam ser interpretadas literalmente e como essas não limitavam o direito, a conclusão que se impunha era o reconhecimento de que ao herdeiro caberia receber o que lhe fora destinado. Esta não foi, entretanto, a conclusão, que se apoiou em princípio ditado pela experiência: “... *A ninguém se permitirá aproveitar-se de sua própria fraude ou tirar vantagem de sua própria injustiça ou fundar demanda alguma sobre sua própria iniquidade ou adquirir propriedade por seu próprio crime.*”⁸

50. CULTURA JURÍDICA

Estudar o Direito, hoje, é delimitar o seu campo de análise; é eleger áreas de interesse. Isto é uma imposição do atual estágio de evolução da Ciência do Direito, que se desdobra fecundamente em vários planos de compreensão. Ainda que o *homo juridicus* se empenhe intensa e amplamente na pesquisa do Direito, não alcança o pleno domínio da *Jurisprudencia*. A complexidade do fenômeno jurídico e as suas plúrimas dimensões de estudo exigem a especialização. Um acendrado amor à Ciência Jurídica, contudo, pode levar o seu cultor, sem preferências especiais, a dedicar-se ao Direito como um todo, hipótese em que se revela um generalista de cultura mediana. O mais frequente é que o jurista, além de inteirar-se panoramicamente do mundo do Direito, se aprofunde no estudo de alguma das ciências jurídicas.

O jurista se revela tanto mais culto quanto mais extenso é o seu campo de estudo e maior a capacidade de vibração de seu espírito diante das múltiplas perspectivas de análise do fenômeno jurídico. Culto é aquele que, além dos aspectos normativos da lei, busca a fundamentação ética e sociológica da fonte formal, submetendo-a à análise crítica; culto é o jurista que assimila as linhas diretoras do ordenamento jurídico, consciente, todavia, das alternativas científicas previstas no âmbito doutrinário; culto, ainda, é aquele que, embora se dedique apenas a uma das ciências jurídicas, conhece as conexões que ligam as áreas do território jurídico e se mostra capaz de articular o raciocínio na

esfera das demais ciências do Direito.

A cultura jurídica compreende, fundamentalmente, as análises normativa, filosófica, sociológica e histórica do Direito, conteúdos que se inserem nas ciências jurídicas, entre as quais se sobrelevam a Ciência do Direito, Filosofia Jurídica, Sociologia do Direito, História do Direito e Direito Comparado. Eduardo García Máynez classificou as duas primeiras como *fundamentais* e as demais como *auxiliares*. A compreensão tridimensionalista requer, todavia, a inclusão da Sociologia do Direito no grupo principal. Isto se deve ao fato de que igual importância existe entre a norma, o fato e o valor, pelo que as ciências que se dedicam ao estudo desses fatores – Ciência do Direito, Sociologia do Direito e Filosofia Jurídica – devem ter o mesmo significado.⁹

A maior concentração de estudos sobre a Dogmática Jurídica parte dos profissionais que participam do drama judiciário. Ao ajuizar uma ação, ou ao com-batê-la, o causídico fundamenta as suas teses no Direito em vigor, situando o seu raciocínio no plano da Dogmática Jurídica. O objeto desta ciência, tratada também por Jurisprudência, Técnica e Ciência do Direito em sentido estrito, consiste na sistematização das instituições jurídicas e revelação do sentido e alcance de suas disposições. É também recorrendo aos subsídios daquela ciência que o promotor de justiça emite os seus pareceres e o magistrado julga as ações.

O cultor do Direito pode direcionar a sua pesquisa no plano ético, submetendo as instituições jurídicas à análise crítica. É a perspectiva filosófica. Especializam-se na *scientia rectrix* do Direito não apenas os genuinamente filósofos, mas também os juristas que, não se contentando com as respostas oferecidas pelas dogmáticas particulares, procuram uma fundamentação substancial. Como anota Roberto Lyra Filho, os ramos jurídicos que mais induzem à Filosofia do Direito são o Direito Penal, o Internacional Público e o Constitucional.¹⁰ O primeiro, porque possui conteúdo acentuadamente moral, onde se localizam temas transcendentais, como o *direito de punir*, *pena de morte*, *incriminações*. Direito Internacional Público, em razão da peculiar preocupação de seus estudiosos em justificarem a sua existência e em decorrência das reflexões que a Declaração Universal dos Direitos do Homem e pactos internacionais análogos induzem.¹¹ Direito Constitucional, de vez que esse nobre ramo, ao estabelecer as diretrizes básicas do sistema jurídico, propicia o pensamento dialético em uma corrente de indagações e respostas, além de, significativamente, enumerar e tutelar os direitos humanos.

A adaptação do Direito não se processa de maneira suficiente sem que a realidade social seja devidamente fotografada nos esquemas normativos. Tal fato valoriza tanto a pesquisa do grau de ajustamento social do Direito quanto o surgimento de novas fórmulas legislativas, preconizadas para o realinhamento do Direito. Se não é exigível do jurista uma ocupação intelectual de tal ordem, é imprescindível, todavia, que se mantenha em alerta às conclusões de tais estudos, porquanto, por definição, Direito é processo de adaptação social. O plano de estudo da Sociologia do Direito é relevante *de lege lata* e *de lege ferenda*. Quanto à lei existente, de vez que contribui para a sua interpretação atualizada; quanto à lei a ser criada, pois fornece dados valiosos ao legislador.

A investigação histórica é tarefa coadjuvante para a definição do Direito ou para a sua mais lúcida compreensão. Direito e História são fatos culturais incindíveis, daí por que o aprofundado estudo de um conduz naturalmente, à abordagem do outro. Para o Direito ser adaptação social, a sua aderência à realidade concreta deve ser permanente, donde a sua natureza dinâmica e histórica, embora nem todo o seu conteúdo seja contingente. Como *mestra da vida*, a História contribui para o aprimoramento do Direito, comunicando-lhe a sua experiência. A Constituição Federal Brasileira de 1988, por sua índole geral, revela que os constituintes a elaboraram sob o impulso de forte consciência histórica, tal a exaltação de valores humanos que haviam sido postergados durante a vigência da reforma constitucional de 1967.

Embora o Direito deva ser a expressão de uma nacionalidade e traduzir o que há de permanente no gênero humano, os juristas de vanguarda não limitam o seu interesse ao Direito nacional, mas estendem a sua pesquisa ao forâneo, no afã de se manterem atualizados com a evolução das dogmáticas particulares. O jurista culto mantém a sua atenção voltada para o Direito de outros povos, notadamente para o daqueles que têm os seus códigos mais avançados, ou que possuem costumes e tradições análogas ao de seu país. É o *comparatista* quem se acha em condições de assessorar o legislador e de elaborar anteprojetos de códigos. Como patrimônio da humanidade, o conhecimento científico não deve ser privilégio ou monopólio de uma nação. O intercâmbio cultural deve ser prática corrente e indispensável à contínua atualização dos sistemas jurídicos.

51. O JURISTA E A EXEGESE

A aptidão para conhecer o Direito Positivo e os atos negociais é predicado essencial à formação do jurista. Este pode desconhecer determinados ramos da árvore jurídica, não os princípios hermenêuticos aplicáveis à Dogmática Jurídica e aos atos negociais (declarações unilaterais de vontade, contratos, testamentos), às sentenças e acórdãos.

O domínio da linguagem jurídica e da usualmente empregada nas relações de vida é fundamental ao jurista, uma vez que o seu mister é conhecer o Direito e este se expressa, em sua maior abrangência, mediante textos legislativos e declarações de vontade.

A doutrina registra numerosas regras de interpretação, as quais, todavia, não possuem validade absoluta. É muito comum, a uma determinada diretiva hermenêutica, contrapor-se orientação diversa. Karl Llewellyn desenvolveu um estudo onde procurou demonstrar que, a cada regra apresentada de interpretação, é possível opor-se uma outra que a anule pelo menos em parte. Exemplificou o autor, invocando preliminarmente o princípio “*se a linguagem for clara e unívoca, deverá ter eficácia jurídica*”, comumente aceito no mundo jurídico; para contrastá-lo, recorreu a outro princípio, assente em obras doutrinárias: quando a interpretação gramatical conduzir a resultados absurdos ou prejudiciais à índole da lei, deverá ser abandonada.¹²

A plena cognição da ordem jurídica requer, além do saber hermenêutico, a visão da estrutura constitucional do Estado, o conhecimento dos direitos e garantias individuais, além das lições de Teoria Geral do Direito situadas na Parte Geral do Direito Civil.

A exegese de um simples artigo de lei tanto quanto a decodificação do inteiro teor de uma lei, exigem o prévio conhecimento da ordem jurídica pelo que esta possui de relevante à compreensão do objeto de estudo. A doutrina *holista* se aplica ao campo hermenêutico. Para ela, o todo deve prevalecer em relação às partes. Conforme esclarece Simon Blackburn, para o *holismo* a compreensão de uma palavra ou oração depende de suas relações com o campo mais amplo de linguagem.¹³ Esta orientação se impõe ao jurista. Antes de definir a parte deve conhecer o todo no qual ela se insere. Uma lei ou um instituto jurídico são portadores de um *enredo*, pelo que as suas partes, como verdadeiros diálogos, com ele devem guardar harmonia. Com sua incomparável elegância verbal, Rui Barbosa assevera neste sentido: “*As leis querem-se lidas na sua íntegra, para bem interpretadas. A inteligência, que parece clara diante de um texto destacado, cai, muita vez, em presença de outro, no mesmo ato legislativo; porque as partes deste são frações de um todo orgânico, que reciprocamente se completam, modificam e explicam. Incivile est, ensinam os hermeneutas, incivile est nisi tota lege perspecta, judicare, vel respondere. É contra a prudência jurídica discorrer sobre o pensamento de uma lei, antes de estudá-la no complexo do seu texto.*”

A primeira tarefa do jurista, ao pretender decodificar uma lei, é buscar a teleologia desta, os fins que ela pretende alcançar. Em um segundo momento, deverá concentrar a sua atenção em cada artigo, para dele tirar conclusões afinadas com a finalidade da lei. Às vezes a norma deflui da conjugação de dois ou mais artigos. Em caso de conflito entre a parte e o todo, seguindo-se a orientação holista, haverá de prevalecer a ideia do conjunto.

Na interpretação do Direito, como se depreende, relevante ao jurista não é a *mens legislatoris*, a vontade do autor da lei, mas o que esta fonte revela no conjunto de suas disposições. Não fora assim, impossível seria a interpretação histórico-evolutiva, pois a *mens legislatoris* permanece estática no tempo, enquanto a *mens legis* é dinâmica, elástica o suficiente para se amoldar às necessidades da época de sua aplicação. Na interpretação dos negócios jurídicos, a sensibilidade do jurista centraliza-se na *vontade declarada*, não apenas na intenção de quem praticou o ato. De acordo com o ordenamento civil pátrio, o decodificador há de alcançar o elemento vontade a partir da linguagem constante na declaração. O que se pretende é evitar que o subjetivismo do intérprete o leve a conclusões precipitadas, nascidas de meras presunções ou de vontades intuídas.

O jurista pode desenvolver a interpretação das normas jurídicas em condições as mais diversas. Como doutrinador, ao escrever sobre institutos jurídicos, a sua orientação é considerada imparcial, pois desinteressada. Nem sempre é assim, pois às vezes se conduz ideologicamente ou condicionado por posições anteriormente assumidas. Se de um lado a interpretação exposta em livros e tratados se faz equidistante dos interesses concretos, circunstância que proporciona maior prestígio ao expositor, de outro o discurso jurídico muitas vezes padece de *didatismo*, característica da cultura forjada predominantemente na experiência teórica, longe dos debates judiciais.

Enquanto advogado, o jurista desenvolve a interpretação de leis em arrazoados, quase sempre invocando o *argumento de autoridade*, isto é, a lição de grandes mestres do Direito, expendida em obras ou em acórdãos. Embora a interpretação do causídico se apresente vinculada aos interesses da parte assistida, muitas vezes constitui substancial fonte de conhecimento, suscetível de influenciar decisões. Análoga é a atuação do promotor de justiça, embora nem sempre invocando o Direito em favor de pessoas determinadas. Seu compromisso com a lei e com a sociedade dá aos seus argumentos uma grande credibilidade. O discurso jurídico do advogado e do promotor visa a convencer da procedência e veracidade de suas teses quem detém o poder de julgar. Em sua atuação, podem desenvolver dois argumentos básicos: o que induz a convicção e os que persuadem. Os argumentos para convencer atuam sobre o entendimento, são racionais, valem-se dos silogismos; os de persuasão agem sobre a vontade, não são lógicos. Para alguns entendidos, melhor resultado se obtém pela persuasão, pois, como afirma Walter Dill Scott “*o homem não é um ser lógico, mas um ser de sugestão*”.¹⁴ Esta afirmativa pode ser válida quando o argumento tem por destinatário o homem comum, não os tribunais, pois estes, forçosamente, têm de explicitar os fundamentos fáticos e jurídicos das decisões.

O jurista se faz presente, também, em sentenças, ao decidir questões em que se discute a orientação da ordem jurídica para o caso *sub judice*. Seus estudos se projetam em súmulas, vinculantes ou não, mas sempre influentes no mundo jurídico. A jurisprudência – coletânea de julgados uniformes sobre determinada questão jurídica – é fundamental para a segurança jurídica. A convergência de entendimentos sobre a interpretação da ordem jurídica é necessária aos destinatários da lei, pois proporcionam-lhe o *saber a que se ater*.

52. O JURISTA E AS CIÊNCIAS JURÍDICAS

Qualquer que seja a sua formação, o jurista não pode prescindir do saber filosófico, dos princípios fundamentais da ordem jurídica, da Teoria Geral do Direito nem desconhecer a realidade social subjacente. Ao desenvolver o

raciocínio, adota a metodologia adequada, consagra princípios, observa as normas. Forçosamente há de ter o domínio da Lógica Jurídica, pois as suas conclusões devem guardar harmonia com as premissas de seu pensamento. Sem este saber, não formará juízos verdadeiros sobre a *quaestio facti* e a *quaestio iuris*. O domínio da linguagem deve ser um de seus predicados, ao lado do poder de argumentação jurídica. Independente de sua especialidade, possui a noção da ordem jurídica, a partir da qual analisa o objeto de suas indagações. Essencial à sua formação, também, é a vivência prática e conhecimento dos costumes e cultura da sociedade.

Se a experiência do jurista alcançar, ainda, questionamentos ontológicos e de epistemologia, será também um filósofo do Direito – *homo juridicus* apto a conhecer o ordenamento, habituado à reflexão e que não se satisfaz, em suas buscas, com as primeiras respostas. Suas investigações não se limitam ao Direito vigente, pois faz incursões igualmente nos domínios do Direito a ser criado – *de iure constituendo*. Seu campo de pesquisa é extenso, sem demarcações rígidas, pois, para obter respostas às suas indagações muitas vezes busca subsídios em outros domínios do saber. E o ponto de partida para a cultura jurídica é o conhecimento da pessoa natural, em torno da qual o Direito se organiza.

Ao legislador, como responsável pela elaboração de leis, exige-se o mais apurado e requintado conhecimento jurídico e da realidade social. Como o Direito se compõe dos fatores *norma*, *fato* e *valor*, haverá de conhecer as peculiaridades da sociedade para a qual legisla: seus costumes, tradições, valores, problemas, carências, riquezas e potenciais. Para adequar as leis ao momento histórico, a Sociologia Jurídica, que trata justamente da adequação da ordem jurídica à realidade social a que se destina, deve integrar a sua cultura. A formação jurídica do legislador requer o conhecimento da ordem jurídica vigente por seus princípios, normas, valores, fatos regulados, carências. A Ciência Jurídica e o Direito Comparado fornecem--lhe os subsídios à reelaboração do sistema. Para bem cumprir sua missão, o legislador há de completar a sua formação com os elementos subministrados pela Filosofia do Direito, seja por seu conteúdo lógico, ontológico e axiológico.

Enquanto mestre, o Direito como um todo deve ser familiar ao jurista, pois, para bem conhecer um ramo jurídico é indispensável a visão do conjunto em que este se insere. E o saber que se lhe exige não é apenas o da ordem vigente, mas também das alternativas axiológicas e normativas. Para tanto deve dizer o Direito vigente com senso crítico, apontando as suas falhas e destacando as melhores alternativas no plano *de lege ferenda*.

Independente de sua atividade jurídica, o jurista deve cultivar o Direito em sua tríplice formação, evitando o estudo unidimensional, seja priorizando o fato, o valor ou a norma. O reducionismo, em qualquer de suas modalidades – sociologismo, eticismo ou normativismo – é perverso, pois deforma a noção do Direito. O normativismo, do qual Hans Kelsen foi o expoente máximo, limita a composição do *Jus Positum* ao elemento *norma*; esta, para ele, é o único objeto da Ciência do Direito; o fato e o valor seriam relevantes, mas em outras instâncias do saber respectivamente Sociologia Jurídica e Filosofia do Direito. Para o sociologismo, o Direito se reduz ao *fato*, daí ser comum se dizer *ex facto jus oritur* (“o Direito nasce do fato”). O fato já conteria a norma e o valor, fenômeno este observado na forma consuetudinária do Direito. O eticismo, por sua vez, reduz a expressão jurídica ao *valor*, especialmente ao elemento *justiça*. Destarte, se a norma imposta não for substancialmente justa, Direito não será.

Como se verá oportunamente, a experiência nos revela que o Direito pressupõe a concomitante presença daqueles três elementos e na forma exposta por Miguel Reale: *um elemento de fato, ordenado valorativamente em um processo normativo*.¹⁵ O jurista autêntico não prioriza qualquer um destes elementos, mas os considera essenciais e em igual nível de importância.

53. HOMO JURIDICUS

Assim como as pessoas humanas têm personalidade, maneira individual de agir e de reagir em face de situações e acontecimentos, cada jurista é *homo juridicus* que possui as suas preferências em face do Direito e se identifica com determinados valores jurídicos. Entre os cultores do Direito as tendências são as mais diversificadas. Alguns contemplam o *Jus* sob o prisma da segurança jurídica, outros atribuem maior importância ao valor do justo, havendo aqueles que dão preeminência ao fato. A concepção tridimensionalista revela uma visão mais equilibrada, pois apresenta o Direito como um complexo formado pelos elementos *fato*, *valor* e *norma*. Os adeptos de tal corrente não especificam, todavia, o tipo de valor que seria fundamental ao *Jus Positum*, pelo que, entre eles, registram-se também várias tendências.

Sob a influência do positivismo, o *homo juridicus* legalista identifica o Direito com o valor segurança jurídica. Em seus trabalhos exegéticos não se motiva por outros princípios senão os derivados das normas jurídicas. Ser justo é aplicar a norma ao caso concreto dentro da previsão legal. Os membros da Escola da Exegese, que floresceu na França após a promulgação do Código Napoleão, em 1804, possuíam formação legalista. Para eles o Direito estava apenas no Código. A postura legalista, sobre ser acrítica, não favorece o desenvolvimento da sociedade e nem do Direito. Embora não chegue a ser justificadora do Direito vigente, é doutrina conservadora no sentido em que não provoca inquietações do ponto de vista ético ou sociológico.

Em posição diametralmente contrária situa-se o *homo juridicus* eticista, para quem a lei seria apenas um instrumento de justiça. O valor do justo não é considerado do ponto de vista convencional, como critério da lei, mas substancial, como o que efetivamente confere o seu a cada um. A análise que exercita não é de mera decodificação, pois submete as instituições à censura ética. A justiça seria a causa final do Direito e seu elemento essencial. Em consequência, a lei injusta não seria Direito, não devendo, destarte, ser aplicada nos tribunais. O *homo juridicus* eticista não se conforma com a lei pelo simples fato de ser lei. Por sua atitude idealista, põe-se em busca permanente do *dever-ser*. A corrente do Direito Livre, que obteve o seu maior desenvolvimento no primeiro quartel do século XX e se projetou nas obras do austríaco Eugen Ehrlich e do alemão Kantorowicz, seus expoentes máximos, seguiu essa linha de pensamento. Seus adeptos preconizavam a aplicação da justiça pelo critério da lei ou apesar da lei.

Observa-se um conflito entre as concepções do *homo juridicus* legalista e eticista, que na realidade é também entre os valores segurança jurídica e justiça. A harmonia entre os dois valores é possível, não, porém, em termos absolutos. A lei injusta é exemplo disso. Enquanto o legalista reconhece a sua validade e orienta no sentido de sua aplicação, o eticista nega-lhe caráter jurídico e obrigatoriedade. São posições antitéticas e inconciliáveis. Na opinião de Paulo Dourado de Gusmão a conjugação dos dois valores é possível, mas “só no sistema em que as leis não são ditadas por um, mas por muitos...”¹⁶ De fato, a ordem jurídica emanada de um regime democrático, de um modo geral, é *um saber a que se ater* e reúne soluções justas para as hipóteses que prevê. A questão, porém, não se resolve completamente na instância política. Quando o conflito se apresenta inamovível, ao jurista se impõe decidir pela aplicação ou não das normas jurídicas, momento em que expõe a sua preferência na escala de valores e revela a sua vocação como *homo juridicus*.

1 **Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia.** México: Nacional, 1974, p. 71.

2 **El Pensamiento Jurídico.** Tradução de José Puig Brutau. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europeas

América, 1959, p. 49.

- 3 *Apud* NOVOA MONREAL, Eduardo. **El Derecho como Obstáculo al Cambio Social**. México: 1979, 90, nota 9.
- 4 **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 60.
- 5 ULPiano. **Digesto**, 1.1.10.1 — “Viver honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o seu.”
- 6 Sobre os aspectos legais envolvendo a transfusão de sangue em testemunhas de Jeová, ver o v. 7 d **Curso de Direito Civil**, § 184, deste autor.
- 7 *Op. cit.*, p. 95.
- 8 **Los Derechos em Serio**. 2. ed. española. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1989, p. 73.
- 9 **Introducción al Estudio del Derecho**. 12. ed. México: Editorial Porrúa S. A., 1964, p. 115.
- 10 **A filosofia jurídica nos Estados Unidos da América** Revisão crítica. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1977, p. 22.
- 11 Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direito Econômicos, Sociais e Culturais.
- 12 Cf VANDEVELDE, Kenneth **Pensando como um Advogado**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes 2000, p. 91.
- 13 “... *In the philosophy of language, this become the claim that the meaning of an individual word or sentence can only be understood in terms of its relations to an indefinitely larger body of language, such as a whole theory, or even a whole language or form or life...*” In: **Dictionary of Philosophy**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1996, p. 177.
- 14 Cf. PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 60.
- 15 Ver o Capítulo 22, § 149.4 e a **Introdução ao Estudo do Direito**, também deste autor, Capítulo 40.
- 16 **Filosofia do Direito**, *cit.*, p. 134.

Capítulo 10

LINGUAGEM JURÍDICA

Sumário: **54.** Considerações prévias. **55.** Língua e linguagem. **56.** O poder da linguagem. **57.** Semiótica e linguagem jurídica. **58.** Insuficiência da linguagem e integração de lacunas. **59.** Aplicação de normas e valorações. **60.** Os *tipos* como expressão de pensamento. **61.** Jacques Derrida e a desconstrução.

54. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Ao elaborar o discurso jurídico, o operador visa a convencer ou a persuadir o destinatário da mensagem, levando-o a assimilar, pelo entendimento ou vontade, as teses expostas.¹ Para tanto recorre aos argumentos, com os quais pretende alcançar o seu desiderato. O objeto ao qual se aplicam os seus argumentos são questões de fato ou de Direito. Aplicada ao Direito, a argumentação contribui para o conhecimento dos institutos jurídicos, dos problemas concretos e suas soluções.

De todos os protagonistas que, de algum modo, influenciam no mundo jurídico, apenas o legislador não emprega técnicas de justificação ou de convencimento. Há decretos, todavia, em que os artigos são precedidos de *considerandos* ou *causas justificativas*, geralmente quando as inovações são impopulares. No processo de elaboração das leis, os parlamentares utilizam-se amplamente da argumentação e a começar com a apresentação do projeto e, posteriormente, com a sustentação oral em plenário. Em nosso país, quando se discutia em torno da conveniência da introdução do divórcio na legislação, os mais acesos debates eram travados especialmente entre os senadores Nelson Carneiro, a favor da modalidade de dissolução do vínculo conjugal, e Arruda Câmara, voz da Igreja Católica no Congresso, postulando a rejeição do projeto em tramitação.²

Aos expositores de teses não lhes basta o saber, pois tão fundamental quanto o conhecimento é o raciocínio exposto, o alinhamento dos motivos capazes de convencer, ou de persuadir. A atuação do advogado, nos autos ou na tribuna, dentro dos limites da ética profissional, compreende a argumentação e a contra-argumentação. Com a primeira, expõe os fundamentos de sua tese, as razões que a alicerçam. Nesta perspectiva, desenvolve a técnica e a tática mais adequadas para o caso concreto, interpreta a lei, emite conceitos e juízos. O discurso jurídico há de ser previamente estruturado em função da natureza, complexidade da causa e da formação do julgador. A argumentação a ser exposta perante um tribunal constituído por especialistas deve ser técnica, fundada na ordem jurídica, na lição dos doutores da lei, na jurisprudência; se dirigida a julgadores leigos, sem se descurar dos aspectos jurídicos, a abordagem de aspectos emocionais poderá ser conveniente. A seleção dos argumentos, se de convencimento ou de persuasão, fica na dependência do perfil cultural do julgador.

Muitas vezes as características do caso impõem ao advogado as técnicas da contra-argumentação, notadamente quando a produção de provas cabe à parte adversa. A contra-argumentação se faz também com argumentos, que se apoiam na lógica formal e na orientação da *nova retórica*, formada por pautas menos rígidas e imperativos de justiça da questão analisada.

A tática forense orienta o profissional, que dispõe de diversos argumentos, a proceder a sua avaliação à luz dos

interesses da tese a ser apresentada. Em função desta, recomenda-se a classificação dos argumentos em *fortes*, *médios* e *fracos*. Se muitos são os argumentos fortes, talvez não convenha a utilização dos demais, pois a argúcia do advogado *ex adverso* pode levá-lo a atacar aspectos vulneráveis dos argumentos de pesos médio e fraco. Os julgadores podem se impressionar mais com a refutação destes argumentos do que assimilarem os classificados como fortes.

A *retórica*, muitas vezes identificada com a arte elegante de falar, consiste em realidade no poder de expressão capaz de persuadir, ou convencer, seja por linguagem falada ou escrita. O instrumento fundamental da retórica é a teoria da linguagem.³

A argumentação é importante nos diversos ângulos da experiência jurídica, conforme Manuel Atienza destaca: *“Parece obvio que la argumentación es un ingrediente importante de la experiencia jurídica, prácticamente en todas sus facetas: tanto si se considera la aplicación como la interpretación o la producción del Derecho; y tanto si uno se sitúa en la perspectiva del juez como en la del abogado, el teórico del Derecho, el legislador...”*⁴

Ao desenvolver o discurso jurídico, o *homo juridicus* projeta o seu modo próprio de ver o Mundo e o Direito, projetando a sua formação cultural na linha de argumentação, a sua ideologia, entendida esta como filosofia política e social. Não é correto dizer-se que o discurso mascara a realidade. É próprio da orientação marxista acoimar o discurso elaborado na sociedade capitalista de *ideológico*, dando a este vocábulo a função de *ocultar* o verdadeiro propósito da argumentação.

55. LÍNGUA E LINGUAGEM

Língua e *linguagem* são conceitos que não se confundem, embora eventualmente empreguemos tais vocábulos indistintamente. A língua é um grande conjunto de palavras, que designam objetos, qualidades, sentimentos e ações, ordenado gramaticalmente e pela sintaxe. A linguagem é um modo peculiar de o espírito se exteriorizar mediante signos, revelador da personalidade do falante. Varia, também, em função do objeto. A linguagem jurídica, por exemplo, configura um modo especial do uso de uma língua e se reveste de estilo e terminologia próprios. Conforme Cesarini-Sforza, *“pode-se conceber a linguagem, precisamente, como atividade espiritual em sua concreção e a língua como abstração...”*⁵

Entre a língua e a linguagem há mútua influência. A língua evolui, de um lado, por ação dos gramáticos e, de outro, pelas modificações espontâneas da linguagem; esta, por sua vez, altera-se na medida em que aquela se transforma. Exemplo disto são os acordos ortográficos, firmados pelos países de língua portuguesa, que repercutem diretamente na linguagem.

56. O PODER DA LINGUAGEM

O ser humano foi projetado biologicamente para viver em sociedade; a sociabilidade faz parte de sua essência. A interação exige o desenvolvimento de processos de comunicação, entre os quais se destacam a linguagem falada e a escrita. É precipuamente por meio da linguagem que as pessoas expressam o seu pensamento, a sua vontade. Ela se compõe de signos, mediante os quais se nomeiam as coisas e os fatos do espírito, daí Wittgenstein dizer que *“denominar algo é semelhante a colocar uma etiqueta numa coisa”*.⁶ Para ele a linguagem constituía uma *caixa de ferramentas*. Quando precisamos interpretar, ou comunicar o nosso pensamento, vamos à *caixa de ferramentas* e selecionamos os recursos mais adequados à ocasião. A inteligibilidade do discurso depende de sua

clareza e, para tanto, o falante deve dispor de ferramentas apropriadas para o momento.

No início da vida grupal, a linguagem se limitava à identificação de objetos, fato semelhante aos processos cognitivos da criança, que assimila apenas os signos de coisas corpóreas. A linguagem evoluiu e não constitui mera representação, mas também um modo de estar presente no mundo, influenciando-o e sendo influenciada por ele.

O progresso da sociedade depende, em grande parte, do aperfeiçoamento da linguagem. Se em uma primeira fase a linguagem se destinava a identificar coisas e fatos, o poder da inteligência humana fez dela um instrumento de processos lógicos, científicos, tecnológicos. A interação social alcançou níveis mais adiantados, complexos, na medida em que os seres humanos foram capazes de desenvolver linguagens especializadas, complexas.

A linguagem, por seus mais variados signos, se presta a inúmeras finalidades. Um simples gesto pode sinalizar uma intenção, como o aceno de um transeunte para o taxista; o choro revela a dor moral ou física; o sorriso espontâneo, a satisfação; um gesto de mão a quem parte, sinal de despedida. A linguagem pode ser expressa individual ou coletivamente e se destinar a uma pessoa, a diversas ou a uma comunidade, hipótese esta caracterizada com a fala pelos meios de comunicação ou manifestações em praças públicas. O objetivo da linguagem pode ser reivindicatório, como o abaixo-assinado dirigido a um órgão público. Moradores de uma região, insatisfeitos com a longa paralisação de uma grandiosa obra pública, improvisam um *elefante branco*, colocando o fantoche à vista, no local. Esta ação comunicativa é de conteúdo *crítico, reivindicatório e político*, uma afirmação legítima da cidadania. O símbolo empregado na comunicação possui significação conhecida: *coisa grande e vistosa, mas sem funcionalidade*.

Na definição de Arturo Berumen o signo é “*a unidade relativamente arbitrária de significante e significado*”. O componente material do signo constitui o *significante* que, na linguagem escrita, se forma com as ‘grafias’ e, na falada, com os ‘sons’. O *significado* é o sentido impregnado no *significante*. O autor justifica o caráter arbitrário do signo à vista da inexistência de uma razão natural na relação entre significante e significado.⁷ Realmente, o significado dos signos não deriva de um nexo de causalidade, próprio das leis naturais, mas de um consenso. Algo de natural existe, todavia, entre o sentido das palavras e a sua origem etimológica.

A inteligência gera a linguagem e a aperfeiçoa; em contrapartida, a linguagem constitui importante fonte de cultura e desenvolvimento das ciências. Os debates de ideias, tão importantes nos mais diversos campos da experiência, são exequíveis porque os argumentos encontram na linguagem o suporte indispensável. A linguagem desempenha importante papel, também, na memorização em geral. Para o neurocientista português, Antônio Damásio, a linguagem “*é também a capacidade de codificar as memórias não verbais numa forma verbal. Isso expande enormemente tudo o que o ser humano é capaz de memorizar*”.⁸

Linguagem e metalinguagem são noções que se distinguem. Esta última é uma linguagem que se refere à outra linguagem, enquanto a *linguagem objeto* é linguagem da qual se fala. A linguagem objeto e a metalinguagem se pressupõem: uma não pode existir sem a outra. Destarte, inexistem uma linguagem objeto *em si* e uma metalinguagem *em si*. Um texto de lei configura uma linguagem jurídica, mas se alguns de seus dispositivos expressam critérios de decodificação, temos então: a) os dispositivos de interpretação constituem *metalinguagem jurídica*, pois se referem à linguagem da lei; b) os textos legais interpretados à luz dos critérios fixados pelos dispositivos de decodificação constituem a *linguagem objeto*, ou seja, a linguagem da qual se fala. A Ciência do Direito em sentido estrito, que tem por objeto de estudo a ordem jurídica, se apresenta como *metalinguagem*, enquanto a linguagem analisada é uma *linguagem objeto*. Diz-se que a linguagem da Filosofia do Direito constitui metalinguagem de *segundo nível*, porque toma como objeto de análise a Ciência do Direito, que é metalinguagem.

Depreende-se, do exposto, a importância da linguagem no conhecimento, entretanto, há correntes de pensamento que minimizam tal relevância, destacando-se o *realismo* e o *nominalismo filosófico*. Para o primeiro, a realidade está encoberta pela linguagem. Esta funciona como um *véu*, que deve ser retirado para que o sujeito cognoscente, com a sua experiência e intuição, entre em contato direto com a realidade. Já os nominalistas reputam os signos e os axiomas criações aleatórias; seriam como hipóteses não levadas à comprovação, daí não provocarem desacordos.⁹

57. SEMIÓTICA E LINGUAGEM JURÍDICA

A linguagem, considerada em seu elevado nível de aperfeiçoamento, é de fundamental importância à elaboração, decodificação e aplicação do Direito. Como instrumento de comunicação, a linguagem viabiliza o Direito, pois este requer a divulgação das leis, as declarações de vontade, requerimentos, teses, exposições orais ou escritas, sentenças. O fenômeno linguístico participa, intimamente, da vida do Direito. Sem os avanços da semiótica em vão seriam os esforços dos juristas na construção da teoria e da prática do Direito.

Semiótica é a ciência dos signos e o seu vocábulo provém do grego *semeiotiké*, formado por *semeion* (sinal) e *optiké* (ver), significando, pois, *modo de ver*. Objeto de estudo da semiótica são os tipos de signos, destinados à comunicação. A semiótica se compõe de regras *semânticas*, *sintáticas* e *pragmáticas*. A semântica dispõe sobre as relações entre o sinal e o objeto, revelando a significação. Há três tipos de significados: *ofático* ou *empírico*, o *normativo* e o *emotivo*.

Para os positivistas as palavras possuem apenas o significado empírico. Este é o que se pode indicar objetivamente, com um gesto de mão, como o significado da palavra 'giz'. Por conseguinte, pensam os positivistas que tudo aquilo que não se possa mostrar com o dedo não possui sentido. A restrição positivista é insustentável, pois coloca à margem das significações o mundo dos valores e as emoções. A própria palavra *Direito* não lograria um sentido, pois insuscetível de identificação com um gesto de mão. Mas a crítica positivista, segundo Arturo Berumen não é de todo desprezível, pois nos deixa alerta quanto aos sentidos arbitrários que se possam atribuir às palavras sem referentes empíricos.¹⁰

O referente *normativo* contém disposição determinante de conduta. Há três modalidades *normativas* ou *deônticas*, segundo encerrem: *permissão*, *obrigação* ou *proibição*. A distinção na prática, entre um referente empírico e um normativo, às vezes é difícil. O signo *propriedade*, por exemplo, pode ser expresso com qualquer dos dois sentidos. Com o empírico, na referência ao imóvel construído; com o normativo ou deôntico quando a alusão é ao instituto jurídico, que reúne preceitos em geral.

O significado *emotivo* está presente em um grande número de signos, como: alegria, dor, saudade, encanto, amor, paz, desprezo, humor. Graças aos signos com referente emotivo conseguimos traduzir o nosso sentimento, o que se passa em nosso recôndito.

A sintática estuda a conexão entre os sinais, sejam palavras ou símbolos. Como a *lógica dos idiomas*, a sintática cuida da ordem e da sequência dos vocábulos.

A pragmática trata das relações entre os sinais com seu uso ou com as pessoas que deles se utilizam.¹¹ A semiótica jurídica consiste na teoria da linguagem aplicada ao mundo polifacetado do Direito. Na observação de Arturo Berumen, a semiótica se faz presente nas três partes em que se divide a Filosofia do Direito: a) com a sintaxe, na fundamentação da Lógica Jurídica; b) pela semântica, na fundamentação da interpretação das leis; c) por

intermédio da pragmática, na argumentação jurídica.¹²

A criação da linguagem e a criação do Direito se assemelham. Ambas surgem como processos de adaptação social e são objetos culturais que realizam valores. Na linguagem, a necessidade determinante é de comunicação, dada a sociabilidade inerente aos seres humanos; no Direito, a necessidade é de garantia da ordem e segurança no ambiente social. A linguagem é uma criação espontânea, enquanto os teóricos se apresentam em uma fase ulterior, a fim de aperfeiçoá-la. Igual fato ocorre com o Direito, especialmente até fins do século XVIII, período antecedente à *era da codificação*, quando as regras de convivência nasciam nas próprias relações sociais e os códigos, posteriormente, absorviam as normas consuetudinárias.

As palavras, como as leis, evoluem no tempo e ganham novos significados. A *semiótica*, como teoria ou ciência geral dos sinais, estuda esta variação histórica, com repercussão na esfera jurídica. A interpretação gramatical somente pode apresentar resultados positivos quando associada à semiótica, pois as leis frequentemente envelhecem durante a vigência. A interpretação, tanto quanto a vida, deve ser dinâmica e objeto de reinterpretação histórico-evolutiva. A fidelidade do intérprete deve ser às ideias contidas nas palavras; se estas evoluem de significado o intérprete deve consultar a teleologia da lei. Se as ideias se mantêm atuais, não obstante a variação semântica, a significação primitiva deve ser preservada.

Os estudos sobre a semiótica remontam à antiguidade, mas esta área do conhecimento somente ganhou autonomia e caráter científico, a partir do século XX, com os estudos de Ferdinand de Saussure e de Charles Sanders Peirce.

Ontologicamente o Direito é objeto cultural, pois constitui elaboração humana destinada a suprir a necessidade de ordem e disciplina nas relações sociais. É cultura espiritual, pois não possui suporte físico. As normas de que se compõe não são necessariamente escritas e quando o são os textos apenas *dizem* o Direito.

A linguagem é importante tanto para o Direito quanto para a Ciência do Direito. Para o Direito, na medida em que este se expressa nos códigos e pela influência recebida da Ciência do Direito. Para esta, a linguagem é imprescindível, seja escrita ou oral. Mestres e juristas, em suas exposições verbais, cultivam o saber jurídico. Em suas obras, valem-se da linguagem escrita para as lições em torno do *iure constituto* e do *iure constituendo*.

Das ciências em geral, a terminologia jurídica é a mais evoluída, pois acumula uma experiência sedimentada a partir do Direito Romano e incessantemente aperfeiçoada ao longo do tempo. A linguagem jurídica é fundamental no âmbito da ciência, da legislação e na prática judicial.

Havemos de distinguir a linguagem aplicada na Ciência do Direito da empregada nos textos legislativos. Aquele explica como é o Direito; estes, dizem o Direito. Justificável, pois, a observação de Michel Troper: “*A linguagem sobre o direito apresenta características diferentes daquelas da linguagem do próprio direito.*”¹³ A diferença está em que “*a linguagem sobre o direito*” se expressa mediante proposições e a “*linguagem do próprio direito*”, por prescrições.

Enquanto Ciência do Direito, pareceres, arrazoados, fundamentação fática ou jurídica de sentença judicial, e linguagem apresenta *proposições*, cuja função é simplesmente declarativa, pois nada impõem, ou proíbem, apenas descrevem a ordem jurídica. Proposição é, portanto, o conteúdo de uma sentença indicativa. A Ciência do Direito constitui uma metalinguagem, pois descreve o conteúdo da linguagem do Direito. Já a linguagem explicativa da Ciência do Direito, que é também uma metalinguagem, é designada por *epistemologia* ou *teoria da ciência*.

A distinção entre as *linguagens descritiva* e *prescritiva* repercute diretamente no campo jurídico. Corresponde às antigas noções gregas de *physis* e *nomos*, ou seja, às coisas pertinentes, respectivamente, à

natureza e às normas. O reino natural, regido pelo princípio da causalidade, caracteriza-se pela imutabilidade de suas leis, que expressam *o ser* da realidade física. Nos tratados científicos, tais leis são abordadas por *linguagem descritiva*. No mundo ético, formado pelo Direito e pela Moral, as normas prescrevem um *dever ser*. A primeira expressa um fato real, tal como os signos revelam, enquanto a segunda apresenta um sentido simbólico, diverso do original. Se afirmamos que determinada obra inacabada constitui um *elefante branco* estamos utilizando a linguagem conotativa.

Relevante, também, a distinção entre *denotação* e *conotação* da linguagem. Há mais de uma acepção para estes signos. Em geral, considera-se que a linguagem *denotativa* expressa um fato real, tal como os signos revelam em seu sentido corrente, enquanto a *linguagem conotativa* apresenta um significado simbólico, não correspondente ao valor semântico. Na linguagem denotativa a expressão *elefante branco* quer dizer que a cor do mamífero de grande porte é branca, entretanto, na linguagem conotativa é empregada no sentido crítico de algo grande e inútil. Os dicionários registram o sentido denotativo das palavras, enquanto o conotativo é uma criação mais emocional, literária, variável no tempo e no espaço.

Nos domínios da Lógica, conforme expõe Arturo Berumen, tais noções são representadas também pelos termos *compreensão* e *extensão*. Os lógicos escolásticos, segundo o filósofo mexicano, formulavam a correlação: “*entre mayor sea la connotación (comprensión, intención) de una palabra, menor será su denotación (extensión) y viceversa. Y entre mayor es la denotación de una palabra menor deberá ser su connotación*”.¹⁴

Quanto maior for a compreensão, menor será a extensão, assim, se afirmamos que *a pessoa natural é um animal racional*, nos referimos ao sujeito dando-lhe a menor compreensão possível, pois não distinguimos a sua idade, a experiência, sua aparência física, sinais característicos, daí o predicado se aplicar na maior extensão, ou seja, a todas as pessoas naturais. Sabemos que o suposto ou hipótese da norma jurídica que apresenta uma ampla compreensão (conotação), a extensão (denotação) será reduzida. Os textos legais lidam com as noções de conotação e denotação. O legislador controla, pela conotação, o alcance das disposições legais. Quando a Lei Pena prevê pena para o ato de “*matar alguém*” formula uma hipótese ou suposto com a menor compreensão (conotação) possível e, conseqüentemente, com a maior extensão (denotação). A Lei não especifica os motivos, meios e circunstâncias em que o agente mata alguém. É raro, mas as leis podem se valer da casuística, quando então haverá uma grande compreensão (conotação) e, em decorrência, uma pequena extensão (denotação).

Está assente nos compêndios de Lógica que, de um *ser*, não é possível derivar--se um *dever ser* e, de igual modo, de um *dever ser* não se chega ao *ser*. Conseqüentemente, de uma linguagem descritiva não se deduz uma linguagem prescritiva e, reciprocamente, de uma linguagem prescritiva não se infere a linguagem descritiva. É possível, todavia, como salienta Arturo Berumen, que os dois enunciados se apresentem unidos em um enunciado complexo.¹⁵

A linguagem empregada pelo Direito Positivo, em seus textos, é de natureza *prescritiva*, pois determina mediante proibições ou permissões. A proposição pode ser expressa em uma ou duas sentenças. A prescrição, geralmente, se apresenta em um artigo, mas é possível ser inferida de dois. A boa técnica legislativa orienta que um artigo deve conter apenas uma prescrição, mas eventualmente apresenta mais de uma. Enquanto a proposição descreve um objeto, dizendo como ele é, deixando livre o destinatário para a sua iniciativa, a prescrição impõe o *dever ser*, cabendo ao destinatário a observância da fórmula de agir.

As proposições podem ser *verdadeiras* ou *falsas*, conforme correspondam ou não à realidade. Se um jurista

emite o seu parecer sobre determinada *quaestio iuris*, adequando a sua conclusão à ordem jurídica, tem-se que as suas proposições são verdadeiras; se interpreta equivocadamente a mensagem, a sua proposição será falsa. As prescrições não são passíveis de igual classificação, mas podem ser *válidas* ou *inválidas*. Como a ordem jurídica é hierarquizada, a prescrição legal, acorde à Lei Maior e em consonância com a índole geral do sistema, é válida. Na hipótese de contrariar uma ou outra, será inválida, ou seja, está na lei, mas não na ordem jurídica.

No campo das inferências lógicas, de uma proposição é possível a derivação de uma outra, do mesmo modo que de uma prescrição pode-se inferir uma segunda prescrição. Impossível, sim, de uma proposição, a derivação de uma prescrição. Todavia, indiretamente é comum uma prescrição nascer de uma proposição e isto ocorre quando o legislador, a partir de proposições doutrinárias, estabelece prescrições. O que os autores negam, e com razão, é que de uma proposição derive diretamente a prescrição, ou seja, o mesmo discurso contendo a proposição e a prescrição.

Na atualidade, a doutrina constitui fonte indireta do Direito, pois, em suas proposições o legislador busca o saber jurídico a ser transfundido em prescrições legais. Em Roma, todavia, à época do Imperador Tibério (42 a.C. - 37 d. C.), a doutrina chegou a ser erigida à condição de fonte direta. A determinados jurisconsultos de notável saber, denominados *jurisprudentes* ou *prudentes*, era conferido o *jus publice respondendi*, ou seja, o poder de declarar o Direito, mediante as *responsa prudentium*. Como estas vinculavam os pretores na decisão dos casos concretos, a linguagem dos jurisprudentes possuía, então, natureza prescritiva.

A linguagem jurídica não deve ser hermética, uma vez que se destina à sociedade em geral e não apenas aos profissionais do Direito. Seus predicados formais são: a simplicidade, a clareza e a concisão. Não se infere entretanto, que os textos devem evitar a terminologia e os conceitos jurídicos, pois estes, utilizados com oportunidade, contribuem para a precisão da linguagem. As ideias e juízos codificados são os mesmos a serem apurados na decodificação. O que se deve evitar é o tecnicismo, o abuso da linguagem hermética, quando o pensamento pode ser exposto, sem prejuízo de sua compreensão, com a simples comunicação verbal.

Se os predicados formais da linguagem são a simplicidade, a clareza e a concisão, o substancial consiste na *eficiência*. O Direito escrito pode reunir aquelas qualidades e, ao mesmo tempo, não lograr eficiência. Esta é alcançada quando o Direito efetivamente regula os órgãos públicos e organiza a sociedade, dispondo sobre as pessoas em geral e disciplinando a gama infinita de interesses públicos e privados.

Garantido o fim último da linguagem jurídica, que é a eficiência, tanto quanto possível a estética deve estar presente nos textos. Exige-se do legislador o domínio do vernáculo; sem afetação, o legislador deve redigir as leis com elegância de estilo. O *homo aestheticus* pode deixar a sua presença tanto nos textos legislativos quanto nas exposições doutrinárias, mas o belo deve ser apenas um complemento dos predicados formais e da eficiência da linguagem. Os arroubos de linguagem não têm lugar na linguagem jurídica; são próprios dos textos literários.

O jurista opera com o raciocínio jurídico, valendo-se de argumentos; a inspiração pode ser uma coadjuvante na redação dos textos. A liberdade do *homo juridicus* se limita à análise dos casos, à interpretação da ordem jurídica, à crítica no plano de *lege lata* e considerações de *lege ferenda*. Enquanto do poeta não se cobra coerência lógica e sua liberdade criadora não tem condicionamentos, salvo os legais, do jurista exige-se rigor científico, harmonia nos argumentos, ausência de contradições. Sonhos e devaneios são próprios da literatura romanceada, dos poemas e contos.

A liberdade de criação artística, prevista direta ou indiretamente nas constituições, ressalvados os Estados totalitários, no dizer de Cabral de Moncada “é alguma coisa que a arte pode ficar a dever ao Direito”. Ainda do eminente jusfilósofo português a assertiva de que “o belo tornou-se em numerosos casos no modo mais fecundo

de revelação da verdade”.¹⁶

Além da verdade conhecida, o discurso jurídico comporta a análise de presunções e de ficções consagradas no ordenamento. Quando a realidade concreta não é acessível à cognição, admite-se a conjectura no discurso jurídico, fundada em verossimilhanças e suposições. A conjectura deve ser plausível, revestida de razoabilidade. Tendo em vista que não oferece certeza nem é passível de comprovação, os cientistas de um modo geral negam-lhe utilidade científica. As conjecturas são assertivas provisórias, que podem ser elevadas à condição de verdades científicas; igualmente, as asserções tidas como científicas podem ser desfeitas por novas evidências em contrário, por refutações.¹⁷

O vocábulo *conjetura* provém do latim *conjectura*, de *conjicere*, que significa *prever, presumir*.¹⁸ No campo jurídico, sob certas condições o raciocínio por conjectura pode prosperar. A conjectura é tratada pela doutrina por *presunção*, distinguindo-a em duas espécies: a presunção comum ou de homem e a presunção legal. Aquela, praticada pelas pessoas, no cotidiano; esta, por lei. A presunção legal se divide, por sua vez, em *absoluta* e *relativa*. A primeira não comporta prova em contrário; a segunda é vulnerável, pois prevalece enquanto não infirmada. O aforismo jurídico revela a precariedade das assertivas conjecturais: “*Conjecturis non est opus in claris, et praesumptio cedit veritati*” (“Quando a verdade é clara, não se necessita de conjecturas, a verdade se sobressai à presunção”).

58. INSUFICIÊNCIA DA LINGUAGEM E INTEGRAÇÃO DE LACUNAS

A mutabilidade social, provocada pela evolução das ciências e das técnicas, induz o legislador a rever as leis, a fim de compatibilizá-las com o momento histórico, pois o Direito divorciado da realidade não cumpre a sua finalidade e constitui um obstáculo ao progresso. Ainda que diligente o legislador, não consegue acompanhar o ritmo acelerado da história, daí a natural defasagem entre os fatos e as leis.

Malgrado o aperfeiçoamento da terminologia jurídica, os textos de leis muitas vezes são insuficientes para a solução, direta e específica, de numerosos casos. Alguns destes logram soluções com o emprego da analogia. Esta constitui processo de integração da lei que realiza princípio lógico.

Nem todos os casos omissos obtêm solução legal com a analogia. Quando cabível a solução analógica não há, propriamente, insuficiência da linguagem jurídica, pois esta oferece, indiretamente, elementos para o enquadramento legal. A insuficiência se patenteia quando impossível colmatar a lacuna recorrendo-se a procedimento de integração.

A aplicação da analogia segue um raciocínio lógico: se um caso apresenta igual motivo que induziu o legislador a dar uma solução a caso fundamentalmente semelhante, por imperativo de natureza lógica deve ser solucionado com a mesma disposição ou consequência.

Para se recorrer à analogia, necessariamente deve haver: I) uma hipótese sem a correspondente disposição legal, ou seja, o intérprete se depara com uma linguagem jurídica lacunosa; II) a existência de hipótese legal semelhante à não regulada; III) a constatação de que a semelhança não é simplesmente de aparência, pois, entre a hipótese regulada e a não regulada direta e expressamente, há a mesma razão que levou o legislador a regular a hipótese prevista.

No sistema do *common law* o operador jurídico se guia, também, pelo raciocínio analógico. Diante de um caso concreto em que não se tem um precedente judiciário, o profissional investiga o repertório de casos julgados na busca de um caso semelhante. Uma vez localizado é preciso se averiguar se entre as duas hipóteses há semelhança fundamental. Reconhecida esta, o precedente constituirá um paradigma para a solução do caso pendente.

Não há dúvida de que os dados acima indicam um raciocínio de natureza lógica. Todavia, o processo analógico não se limita a uma operação lógica. Ao encontrar uma hipótese legal semelhante à não prevista o intérprete não se confina à lógica formal. Sua investigação penetra na esfera axiológica a fim de apurar se a semelhança vai além da aparência, pois é preciso que a hipótese não regulada tenha os elementos que, presentes na hipótese regulada, foram decisivos na elaboração da disposição legal.

Quando se decide por analogia legal, a linguagem jurídica não chega a ser insuficiente, pois disponibiliza para o juiz os elementos necessários ao enquadramento do caso concreto. A insuficiência se patenteia quando a lei, além de não estipular uma disposição para determinada hipótese, não oferece um paradigma ao juiz.

Alguns autores distinguem a analogia legal da jurídica. Aquela teria por paradigma determinado preceito legal; na analogia jurídica o paradigma se localizaria na ordem jurídica como um todo, inferido indutivamente. Entendemos, a exemplo de outros estudiosos, como Miguel Reale, que a propalada analogia jurídica nada mais é do que os princípios gerais de Direito, identificados estes, naturalmente, com as diretivas mais abstratas do ordenamento.

Antes da sucinta abordagem dos princípios gerais de Direito devemos distinguir o *princípio constitutivo do Direito* dos *princípios regulares do Direito*. O primeiro constitui a razão de ser dos ordenamentos jurídicos; a causa determinante da criação do Direito em qualquer época ou lugar. Os princípios reguladores do Direito são as matrizes, as ideias fundamentais que levam à formação das normas, dos institutos jurídicos, aplicando-se o método dedutivo. Embora estáveis, tais princípios não são imutáveis. Os princípios atinentes à propriedade privada, por exemplo, revelam uma evolução através dos tempos. Outrora, um direito absoluto; hoje, um direito condicionado ao interesse social.¹⁹

Como a ordem jurídica necessariamente há de apresentar soluções para todos os casos possíveis, diante da insuficiência da linguagem, o julgador há de construir a fórmula reguladora da hipótese não regulada direta ou indiretamente em lei, recorrendo aos princípios gerais de Direito. De acordo com o postulado da plenitude da ordem jurídica, o ordenamento não apresenta lacunas, pois, na falta de regras específicas, indica ao intérprete os critérios a serem seguidos na solução de todos os casos possíveis.

Geralmente os códigos não fornecem ao intérprete a ontologia dos princípios gerais de Direito, ficando a sua definição entregue à doutrina, especialmente ao perfil ideológico do *homo juridicus*. Há duas tendências fundamentais sobre a natureza dos princípios gerais de Direito: alguns o identificam com os princípios do Direito Natural e outros, com os do Direito Positivo. Enquanto o Código Civil da Áustria, de 1812, identificou os princípios gerais com o Direito Natural, o Código Civil italiano, de 1942, referiu-se aos *principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato*.

O Direito Natural fornece ao legislador princípios valiosos, todavia não é suficiente à elaboração da multiplicidade dos institutos jurídicos nem ao preenchimento das lacunas da lei. O princípio *accessorium sequitur suum principale* (“o acessório segue o principal”), por exemplo, de ampla aplicação no raciocínio jurídico, não está ligado ao *Jus Naturae*; igualmente, o princípio basilar do Direito Penal: *nullum crimen, nulla poena sine lege* (“não há crime, não há pena sem lei”). Dada a impotência do Direito Natural para suprir a diversidade de carências legais, inviabilizada resta a identificação dos *princípios gerais de Direito* com ele. Duas conclusões, além desta, se impõem: 1) os princípios gerais de Direito se inspiram, em grande parte, no Direito Natural; 2) os princípios gerais de Direito, hauridos em outras fontes, não podem se conflitar com o *Jus Naturae*.

Embora reconhecendo a existência do Direito Natural, corporificada em grandes princípios, e a sua função de fonte do Direito Positivo, entendemos por princípios gerais de Direito as diretivas mais abstratas e amplas do ordenamento jurídico, de acordo com o modelo italiano. Identificar o processo de integração do Direito com aquela

ordem superior implica a liberação do juiz para buscar, em suas convicções pessoais, as normas de decisão dos casos, sempre que ocorrer a lacuna na lei, a falta de hipótese análoga e de costume. Em contrapartida, se apontamos o *Jus Positum* como a fonte dos princípios gerais de Direito, estamos adotando uma orientação que não libera o juiz para buscar livremente a solução em seu mundo ético, mas o vincula ao próprio ordenamento. Este critério atende às exigências de coerência lógica entre a decisão e a ordem jurídica, além de satisfazer aos anseios de segurança jurídica.

59. APLICAÇÃO DE NORMAS E VALORAÇÕES

Na decisão judicial, além de se orientar por critérios lógicos, o juiz se guia por valores. Pela exposição dos fatos e contrarrazões, depoimentos, provas em geral, o juiz desenvolve processos de avaliação sob o plano da lei e do sentimento do justo. O seu convencimento vai se firmando a partir dos primeiros elementos que lhe são apresentados; juízo definitivo, porém, apenas com a conclusão da fase probatória, quando os autos reúnem os argumentos e as provas definitivas.

A cognição e o juízo se formam sem um método específico, mas por valorações constantes, onde, além das normas, é relevante a experiência jurídica e a vivência prática do julgador.

O juiz deve avaliar os casos, sob o prisma da lei e dos fatos, na perspectiva da ordem jurídica e de acordo com os costumes. Tal vinculação, contudo, não impede ao juiz de atuar com personalidade, ou seja, de interpretar leis e fatos com a sua convicção. Como *homo juridicus*, o aplicador possui as suas tendências filosóficas, positivistas ou jusnaturalistas.

Dada a abstratividade das normas, quase sempre os aplicadores contribuem com um coeficiente subjetivo na diagnose e interpretação do Direito.

60. OS TIPOS COMO EXPRESSÃO DE PENSAMENTO

A vida é riquíssima de fatos e situações que não logram identificação mediante conceitos precisos. Diante de tais fenômenos, recorre-se então ao *tipo* como expressão de pensamento. Os tipos são dotados de abstratividade, a fim de alcançarem um grande leque de situações. Tal procedimento é utilizado pelas ciências em geral. No âmbito do Direito há os tipos gerais, não limitados a determinado ramo, e os tipos jurídicos específicos, como os tipos-penais e os tipos-fiscais. Comparados aos conceitos, são considerados mais concretos do que estes.²⁰

Com frequência as leis remetem o intérprete aos usos sociais ou comerciais e quando isto ocorre invocam-se propriamente as práticas adotadas nas relações em geral e no mundo negocial em particular. Estas práticas integram a consciência de seus destinatários, mas se tornam normas jurídicas, como observa Karl Larenz, apenas quando as leis fazem tais remissões “*e só enquanto estejam de acordo com os princípios e bases de valoração da ordem jurídica...*”²¹

Os tipos comportam distinções várias, conforme abordagem de Karl Larenz. *Otipo médio* ou *de frequência*, por exemplo, consiste na prática comum a uma ou diversas pessoas em determinadas situações. A referência se faz a reações típicas diante de certas circunstâncias.

61. JACQUES DERRIDA E A DESCONSTRUÇÃO

A linguagem é um poderoso instrumento de comunicação e ferramenta essencial na vida do Direito e da

Política. Como todo objeto cultural, é passível de interpretação. Na área jurídica a linguagem é de suma importância mas requer apurada interpretação. Cabe ao intérprete captar as prescrições que os textos jurídicos encerram. A filosofia da *desconstrução*, criada por Jacques Derrida (1930 – 2004), filósofo argelino radicado na França, põe em alerta os juristas, pois a linguagem jurídica, espécie do gênero linguagem, não estaria infensa à ideia de que qualquer texto, por mais claro e bem elaborado, apresenta pontos vulneráveis, podendo, assim, ser objeto de *desconstrução*, ou seja, suscetível de inversão das premissas de seus argumentos.

O pensamento de Jacques Derrida foi aproveitado por filósofos, cientistas políticos, pensadores em geral especialmente pelos adeptos do *politicamente correto*, no combate ao autoritarismo, tanto na análise de obras clássicas quanto no âmbito das ideias. A desconstrução é utilizada como ferramenta valiosa pelas mais diferentes correntes de esquerda, que pretendem desenvolver a crítica social.

Na etapa mais evoluída de seu pensamento, Jacques Derrida admitiu que as ideias *dejustiça*, *democracia* e *amizade* são insuscetíveis à desconstrução. Como diz o filósofo, esta não se limita à análise filológico-etimológica, nem à tarefa do historiador, “*mas a responsabilidade diante de uma herança que é, ao mesmo tempo, a herança de um imperativo ou de um feixe de injunções*”.²² A desconstrução, em geral, segue dois caminhos: a) “*o demonstrativo não histórico dos paradoxos lógico-formais*”; b) um segundo método, mais histórico ou anamnésico, em face de leituras de textos, interpretações minudentes e genealógicas.²³

Há pontos dúbios, impenetráveis, na teoria de Derrida, como os pertinentes ao seu resumo da possibilidade desconstrutiva do Direito: “*1. A desconstrutibilidade do Direito (por exemplo) torna a desconstrução possível. 2. A indeconstrutibilidade da justiça torna também a desconstrução possível, ou com ela se confunde. 3. Consequência: a desconstrução ocorre no intervalo que separa a indeconstrutibilidade da justiça e a desconstrutibilidade do direito.*”²⁴ Sobre este trecho da obra do filósofo, Billier e Maryoli, com marcada ironia avaliam: “*Claro como água.*”²⁵

Ao juiz caberia a revisão contínua do sentido das regras e não apenas cumpri-las. Antes de aplicá-las, deve assumi-las mediante interpretação reinstauradora, confirmando o seu valor.

Entendemos que a desconstrução é útil à Ciência do Direito, na medida em que revê crenças, mitos deturpações hermenêuticas de doutrinas e abre caminho para uma ordem jurídica ajustada aos princípios fundamentais de justiça e segurança.

Ao aplicar a autopoiese aos sistemas jurídicos, Gunther Teubner faz a crítica ao desconstrucionismo ao entender que a descoberta de contradições e paradoxos não deve conduzir à *desconstrução*, mas à *reconstrução* dos fundamentos latentes. Tal conclusão se impõe, de vez que a desconstrução não elimina as contradições, mas reconstrói “*a relação entre autorreferência, paradoxo, indeterminação e evolução do direito*”.²⁶ Como anota Arturo Berumen Campos, o vocábulo *discurso* é empregado, na atualidade, em vários sentidos, tanto para significar a linguagem escrita como a falada e ora como referência a uma frase, um livro, um estilo ou uma teoria completa.

Apuntes de Filosofía del Derecho.

1 ed. México: Cardenas Editor Distribuidor, 2003, 1.6, p. 24. É empregado, também, no sentido de oratória, quando tecnicamente se divide em três partes: *exórdio*, *desenvolvimento* e *peroração*.

- 2 Sobre a polêmica e debates, ver CARNEIRO, Nelson. **A Luta pelo Divórcio**. 1. ed. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1973; igualmente, LIMONGI FRANÇA, Ruben. **A Lei do Divórcio Comentada e Documentada**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.
- 3 PERELMAN, V. em Chaïm. **Ética e Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, § 40, p. 505.
- 4 ATIENZA, Manuel. **El Derecho como Argumentación**. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2007, p. 10.
- 5 Op. cit., § 18, p. 68.
- 6 WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Editor Victor Civita, 1975, primeira Parte, § 15
- 7 BERUMEN CAMPOS, Arturo. Op. cit., § 1.1, p. 3.
- 8 **Veja**. Rio de Janeiro: Abril, n. 2.147, ano 43, n. 2, p. 82, 13.01.2010.
- 9 Cf. PERELMAN, Chaïm. **La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica**, cit., § 56, p. 152.
- 10 Op. cit., § 1.1, p. 3.
- 11 Cf. BERUMEN CAMPOS, Arturo. Op. cit., 1.1, p. 11.
- 12 Op. cit., § 1.1, p. 12.
- 13 Op. cit., p. 41.
- 14 Op. cit., 1.5, p. 20.
- 15 Op. cit., 1.4, p. 18.
- 16 CABRAL DE MONCADA, **Filosofia do Direito e do Estado** 1. ed. Coimbra: Atlântida, 1966, v. 2, p. 145 e 5, respectivamente.
- 17 Sobre o tema *conjetura*, ver REALE, Miguel. **Verdade e Conjetura**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira em 1983.
- 18 DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 349.
- 19 Sobre a distinção, ver: CESARINI-SFORZA. **Filosofía del Derecho**. Tradução argentina da 3. ed. italiana. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América S. A., 1961, § 5, p. 25.
- 20 LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito** 2. ed. Trad. da 5. ed. alemã, de 1983, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d., p. 562.
- 21 *Idem*, p. 565.
- 22 DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 37.
- 23 *Idem*, p. 41.
- 24 Op. cit., p. 27.
- 25 BILLIER, Jean-Cassien e MARYOLI, Agla. **História da Filosofia do Direito** 1. ed. Lisboa: Instituto Piaget, s/d., p. 389.
- 26 TEUBNER, Gunther. Op. cit., p. 15.

Terceira Parte

ROTEIRO HISTÓRICO DA FILOSOFIA DO DIREITO

Capítulo 11

ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO

Sumário: 62. Considerações prévias. 63. Origem histórica do Direito. 64. Caracteres do Direito primitivo. 65. O progresso jurídico. 66. Conclusões.

62. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O estudo sobre a origem do Direito comporta as análises ontológica e histórica. A primeira aborda a fonte geral e essencial do Direito Positivo como um todo, perspectiva que leva o pesquisador às doutrinas voluntaristas, naturalistas e ecléticas, que situam o Direito, respectivamente, como emanção da vontade, produto da natureza ou síntese integradora de ambas. Tal ordem de indagação será considerada em estudo à parte, limitando-se o presente capítulo à análise histórica, cujo tema oferece extenso painel de enfoques e constitui objeto da disciplina História do Direito. A análise, do ponto de vista histórico, promove o levantamento de dados pertinentes às primeiras manifestações práticas do fenômeno jurídico e a sua variação no tempo, com abrangência dos fatos sociais circundantes e indução de princípios e leis da evolução jurídica.

As análises ontológica e histórica exercem, entre si, recíproca influência. De um lado, a pesquisa histórica, ofertando subsídios fáticos, ajuda a clarificar a noção do Direito, que não pode ser compreendido como algo dissociado da *práxis*. A análise histórica, que não se restringe a descrever as mutações que se operam no campo do *Jus Positum*, pois esclarece os critérios e constantes da evolução jurídica, pressupõe opções ontológicas sobre o Direito. O estudo histórico tanto revela substratos jurídicos que Del Vecchio, no objeto da Filosofia do Direito, inclui a pesquisa fenomenológica, que se desenvolve, segundo o autor, pelo exame da história jurídica da humanidade e tem por escopo a demonstração das causas genéricas e universais da formação e existência do Direito Positivo.¹

63. ORIGEM HISTÓRICA DO DIREITO

Embora não se tenha, hoje, uma base científica segura para a descrição do teor e forma das manifestações originais do Direito, havendo muito de conjectural a respeito, algumas conclusões fundamentais se impõem como resultado do conhecimento atual sobre a natureza humana e por inferências registradas na observação do quadro evolutivo do Direito.²

A ordem natural das coisas nos revela que os grupos sociais, inicialmente restritos ao âmbito da família, eram regidos por normas internas, cuja imposição se fazia pela autoridade do pai de família. A tese sobre a existência do *estado de natureza*, exposta pela Escola do Direito Natural, durante os séculos XVII e XVIII, segundo a qual homens primitivamente teriam vivido isolados e que apenas em um segundo estágio, mediante o pacto de união, teriam se agrupado, não é reconhecida atualmente como um fato histórico, mas como suposto lógico a explicar a

teoria do contrato social.

No que concerne à primitiva forma de convivência humana, predomina o entendimento segundo o qual a *horda*, o *matriarcado* e o *patriarcado* foram, sucessivamente, as três fases iniciais, não obstante a doutrina tradicional, fundada em fontes bíblicas, indique o patriarcado como a primeira etapa. A horda se caracterizaria pela vida nômade do grupo, onde imperava o regime de promiscuidade, com os indivíduos se dedicando à caça e à pesca e sem regras predeterminadas de convivência. Abandonando o nomadismo, os homens passaram a trabalhar na agricultura, originando-se a fase do matriarcado, pela qual o parentesco se definia pela mulher e já não se adotavam práticas promíscuas. Foi Bachofen, em 1861, em seu livro **Matriarcado**, quem apresentou estudo sistemático sobre essa etapa. Na observação de Del Vecchio, com o matriarcado a mulher não assumiu a hegemonia política, mas apenas a condição de centro da família pela designação do parentesco.³ Em fase histórica subsequente o homem assumiu a chefia da família e passou a ser o elemento de referência na definição do parentesco. Era o patriarcado.

Quando as primeiras sociedades se formaram, com elas surgiram também as regras de convivência, não inteiramente novas, pois muitas já eram consagradas nos grupos sociais. Em sua fase inicial, o Direito que se formou com os grupos primitivos era aplicado pelo sistema da *vingança privada*, pelo qual cumpria aos particulares a retribuição do mal. Inicialmente a represália não seguia critérios definidos, mas em uma fase mais adiantada estabeleceu-se a chamada *pena de talião*, pela qual a vítima ou seus familiares reagiam à ofensa com igual intensidade e forma: olho por olho, dente por dente. Em estágio que se seguiu, as pessoas envolvidas em litígio já não ficavam abandonadas a uma solução de caráter pessoal, de vez que o rei ou o pai de família assumia a incumbência de decidir a causa. Logo, porém, as sentenças eram confiadas à classe dos sacerdotes ou aos juízes, que pacificavam as partes e castigavam os culpados. A partir dessa etapa o Direito se reveste de formas e cerimônias, em uma iniciativa dos julgadores e como maneira de valorizar a sua tarefa. Na observação de Pietro Cogliolo “criado o órgão está assegurada a função”.⁴ As formalidades passaram a atribuir caráter jurídico aos atos praticados. Quando as partes desejavam limitar a obrigação assumida apenas ao plano religioso, dispensavam o emprego dos símbolos. Pretendendo, todavia, impor efeitos jurídicos ao ato, recorriam a *mancipatio* que, na expressão de Cogliolo, “era um complexo de formas sem conteúdo”.⁵ Surge, assim, a fase da *composição*, pela qual os povos substituem a vingança privada, que se identificava com a força bruta, em favor de critérios racionais que beneficiavam tanto o lado da vítima quanto o da comunidade. Com a *compositio* tem-se a criação do processo judicial, caracterizado pela figura do julgador, existência do litígio e de regras sociais a serem aplicadas.

Historicamente, a passagem de uma fase para a seguinte não se processou na mesma época em todos os lugares. Enquanto os romanos abandonaram a vingança privada já ao início de sua história, os germanos somente o fizeram ao final da Idade Média, conforme anotação do jurista alemão Sternberg.⁶

Em meio a inúmeras dúvidas que a retrospectiva jurídica apresenta, uma conclusão é certa, como declara Giorgio Del Vecchio: “A organização jurídica primitiva baseia-se no vínculo de sangue.”⁷ Tal parentesco criava uma unidade, com repercussão no Direito, pois os que possuíam uma ascendência comum mantinham *recíproca tutela*. A unidade estabelecida simbolizava-se por um *totem*, objetivado geralmente em um animal e, em raras vezes, pelas plantas. Denominava-se *gens* ou *clan* o grupo formado pelo vínculo de sangue, sendo que se admitiam a participação de estranhos mediante a adoção. Os grupos, assim constituídos, possuíam uma grande força, tal a solidariedade que neles imperava. Quando um elemento da *gens* era atacado por um forasteiro o grupo é quem reagia, fazendo-o não em relação ao ofensor, mas contra o grupo a que este pertencia.

Qual a causa fundamental do Direito? Do ponto de vista filosófico teria surgido em razão da imperfeição

humana. Para a Igreja Católica essa condição seria irreversível, porquanto derivada do pecado original. O Direito seria, assim, na observação de Felice Battaglia, *remedia peccati*, que não sanava o pecado e nem devolvia a perfeição ao homem.⁸ Para os marxistas a imperfeição poderia ser convertida, pois a sua origem estava ligada à distinção de classes sociais. Com o desaparecimento dessas, cessaria a imperfeição humana e a razão de ser do Direito.

Em sua **Sociologia Giuridica**, Nardi-Greco sustentou a tese de que o Direito surgiu no grupo social quando um de seus membros provocou nos demais companheiros um sentimento de vingança ou de temor pelo futuro. O jurista-sociólogo aponta três causas explicativas da reação do grupo: a) a tendência geral de todo ser vivo reagir a estímulos dolorosos; b) os sentimentos que induzem o ser vivo à reação atual ou futura contra o que lhe provoca a dor e, em segundo plano, o medo de um dano futuro; c) os sentimentos que impelem à reação contra quem ataca um companheiro. A simples existência do grupo não levava, porém, à formação do Direito. Seria preciso que se alcançasse determinada extensão numérica no grupo e que as atividades sociais não se limitassem a desordenadas reações coletivas, mas compreendessem também os fatos da produção e exigissem a proteção efetiva de regras heterônomas. Nardi-Greco acrescenta, ainda, a necessidade da atuação de algumas faculdades psíquicas, especialmente a linguagem e a reflexão, aplicada esta às reações coletivas e seus efeitos.⁹

64. CARACTERES DO DIREITO PRIMITIVO

Ainda que distintos os caracteres dos ordenamentos antigo e contemporâneo, entre eles podem ser apontados alguns denominadores comuns. Em todo o correr da história o Direito se revelou como processo de adaptação social, como fórmulas utilizadas pelos homens para a garantia da convivência interindividual. Objeto cultural que é, já que produto da experiência humana, o Direito sempre expressou a compreensão alcançada pela sociedade em relação ao valor justiça. O entendimento humano sobre esse valor é evolutivo. Desde a época do Direito primitivo até o presente, embora períodos de retrocessos, vem-se registrando um aprimoramento no conceito de justiça. À medida que o homem evoluía espiritualmente, avanços importantes eram assinalados no âmbito da estimativa jurídica. Esse processo evolutivo, segundo o jurista alemão Ihering, estaria caracterizado pela luta constante do homem na afirmação de seus direitos fundamentais.¹⁰

O paralelo entre o ordenamento antigo e o atual mostra, ainda, como denominador comum, que os usos e costumes têm sido historicamente a grande fonte do Direito. Malgrado a aparência racionalista, tais as inovações que apresentam, os códigos atuais refletem princípios e critérios que se formaram ao longo do tempo, espelhando o pensamento e as aspirações sociais. Enquanto o Direito antigo se manteve costumeiro, o contemporâneo se apresenta tecnicamente evoluído através de códigos, onde as regras de organização e de comportamento social se interdependem e formam um corpo sistemático de disposições. Alguns povos, todavia, se adaptaram ao Direito não escrito e com ele se identificaram e conservam até o presente essa forma de expressão jurídica. Isto ocorre com os países filiados ao sistema do *Common Law*.

O legislador moderno sabe identificar o território do *Jus* e dispor sobre as relações que se inserem naquele domínio, com lúcida distinção das classes de normas sociais. Isto não ocorreu no passado, onde as regras jurídicas não se limitavam a ordenar o convívio social dentro de uma finalidade de paz e garantia da ordem. O preceito, muitas vezes, era de fundo estritamente religioso, moral ou expressava simples convencionalismo social. Sternberg, com procedência, suscitou a existência de uma lei “de diferenciação progressiva” relativa às classes de normas sociais.¹¹ Em sua fase primitiva o Direito foi dominado pela Religião, sob a crença generalizada de que as leis

possuíam origem divina e, como tal, não deviam ser reformuladas pela ação humana. O processo de secularização do Direito foi lento e dependeu menos dos estudiosos das leis do que da mentalidade dos povos, cuja fé no absoluto comando da religião foi progressivamente diminuindo por força do advento do pensamento científico. A partir do momento em que os fenômenos de ordem material passaram a ser explicados por seus nexos de causa e efeito, o poder da religião entrou em declínio, com reflexos no campo do Direito.

Primitivamente, o Direito Positivo não possuía divisões em classes ou ramos. Em sua fase pré-científica sequer se cogitou sobre a diferenciação entre o Direito Público e o Privado, que adveio apenas com o Direito Romano. Os códigos primitivos disciplinavam, indistintamente, todo tipo de relações sociais, englobando questões de família, trabalho, tributo, comércio, pena. Se tais códigos, comparados aos sistemas jurídicos atuais, revelam-se inexpressivos, não se deve deixar de reconhecer que naquelas normas estava localizado o embrião do Direito moderno.

Embora se afirme que os códigos antigos se limitavam à compilação dos costumes, o Código de Hamuráb (2000 a.C.) pode ser indicado como exceção, de vez que diversas inovações, ditadas pelo sentimento de justiça social daquele imperador, foram introduzidas no Direito da Babilônia.

65. O PROGRESSO JURÍDICO

Ainda que se possa falar em crise do Direito não será contraditória a reflexão sobre o progresso jurídico. Via de regra, no âmbito do Direito a crise não exclui o progresso. Este se define pelos avanços na axiologia e na técnica. A crise jurídica pode manifestar-se de diferentes modos: pela defasagem entre os institutos jurídicos e o avanço social; pelo não acatamento aos postulados básicos do Estado de Direito; pela não efetividade de leis fundamentais. Ainda que padeça de alguma dessas deficiências, considerando-se os ordenamentos antigos, o sistema jurídico adotado pelos países civilizados revela-se Direito evoluído.

Ao analisarmos o tema em foco consideramos o Direito universal e o seu desenvolvimento histórico. Comparando-se períodos históricos próximos é admissível que se constate a estagnação e até o retrocesso, fenômeno este que se registrou no último quartel do século XX, no Irã, com o retorno à vigência do livro religioso Alcorão.

Identificamos o progresso jurídico com uma espiral infinita, pois constitui um aperfeiçoamento que não se exaure, que não possui um termo final. A renovação contínua no campo social enseja renovação correspondente no Direito Positivo, movimentos esses que não têm fim e fazem do progresso jurídico dualidade de presente e futuro progresso que se alcança e progresso a ser alcançado.

Pode-se falar em progresso jurídico na medida em que o Direito, por consagrar princípios sólidos e conectados com a ordem natural das coisas, alcança universalidade e se revela estável. Não é necessário o pleno amadurecimento dos institutos jurídicos e permanência de suas regras. A área jurídica sensível às mudanças sociais, desde que fundada em princípios ajustados aos direitos humanos, revela-se parte do progresso jurídico. Com a evolução social surgem, em motocontínuo, institutos jurídicos que poderão expressar progresso jurídico, desde que garantam os direitos básicos da pessoa humana.

O progresso jurídico não é um alvo a ser atingido por esforço exclusivo dos juristas. Ele depende fundamentalmente do avanço social em termos de cultura. Não pode haver expectativa quanto ao advento de um Direito aperfeiçoado se a sociedade correspondente se revela atrasada em relação às conquistas universais do homem. Direito evoluído pressupõe sociedade evoluída. É imprescindível que a mentalidade social se identifique com os valores que dizem respeito à dignidade humana. Ainda que o Direito exerça uma função pedagógica e corretiva,

ele será impotente para transformar o espírito de uma época. É necessário, preliminarmente, o crescimento moral do ente humano; a agudização de sua sensibilidade ética. Não havendo deficiência dessa ordem, o processo de aperfeiçoamento do Direito será algo afeto à Política e aos juristas. À Política, porque a ela compete a escolha das diretivas sociais e a escolha dos modelos jurídicos; aos juristas, porque a elaboração dos sistemas jurídicos não é tarefa a ser executada por leigos, visto que Direito é ciência. O próprio Direito Costumey, para ser evoluído, requer o comando dos juristas, que atuam ocultamente, induzindo a adoção de certos princípios e regras. O aperfeiçoamento de um sistema não se opera necessariamente em todas as áreas do Direito Positivo. Este evolui, às vezes, em determinados ramos apenas, como ocorreu com os romanos, notáveis no campo do Direito Privado e modestos na área do Direito Público.

Finalizando, podemos concluir que o progresso jurídico não é um alvo a ser atingido por esforço exclusivo dos juristas, mas da sociedade como um todo, e que requer apuro técnico, esquemas normativos com espírito lógico, adequação à realidade social subjacente e respeito aos direitos inalienáveis do homem.

66. CONCLUSÕES

Entre os povos mais evoluídos o Direito Positivo se acha ajustado aos postulados básicos do Direito Natural e dos direitos humanos. Seu objetivo não é apenas, como no passado mais distante, o de promover a pacificação, mas o de satisfazer os múltiplos interesses da sociedade e do homem, de acordo com os valores justiça e segurança. Embora deva disciplinar somente os fatos que influenciem no equilíbrio social, progressivamente o Direito vai ampliando o seu comando nas relações de vida. É certo que deva intervir o mínimo possível no contexto social e absorver o mínimo de moral necessário ao bem-estar dos homens, mas ainda assim observamos que os ordenamentos jurídicos se ampliam e ganham complexidade. Esse crescimento gradativo que se verifica decorre de dois fatores básicos. De um lado a crescente celeridade que se registra no campo dos fatos sociais, em razão do avanço na área das comunicações, tecnologia e ciência. De outro lado, em decorrência da maior conscientização quanto à natureza e à dignidade do homem, que induz a criação de mecanismos adequados de proteção efetiva, seja no plano da garantia da vida, liberdade ou patrimônio. Os atos legislativos que se editam no âmbito do Direito Aeronáutico e Direito da Eletricidade ou, ainda, sobre ecologia e saúde revelam a pluralidade de tarefas cometidas ao Direito na atualidade, em contraste com o primitivo, que visava apenas a pacificação.

Não é preciso recorrer à pesquisa histórica para se constatar que é um equívoco atribuir a um só fator o motivo determinante da criação e evolução do Direito. A experiência ou lição dos fatos nos esclarece que importantes conquistas no âmbito jurídico foram alcançadas mediante a *luta* e que, conforme pretendia Savigny, a ação lenta e imperceptível dos costumes induz a formação de regras e princípios jurídicos. A doutrina tem contribuído com a sua parcela para o desenvolvimento do Direito, não apenas sob o estímulo de consultas formuladas por órgãos administrativos, mas também por suas ofertas, ao legislativo, de esboços de novos institutos jurídicos. Inegável, também, o papel desempenhado pelos juizes e tribunais, seja no aperfeiçoamento da legislação vigente, seja em atuação de vanguarda, quando criam novos modelos jurídicos. O Direito pátrio, relativamente ao direito da concubina, por exemplo, limita-se a disposições da lavra de nossos tribunais, que se mostraram sensíveis a um novo fato social relevante e improvido de amparo legal. Desconhecer as contribuições dessas diversas fontes e localizar subjacentemente a *luta*, em tais iniciativas, é armar o espírito de preconceitos e contemplar a realidade social de maneira distorcida.

-
- 1 Op. cit., 2º v., p. 10.
 - 2 Considerando que as hipóteses sobre a origem histórica do Direito são incertas, não demonstradas e não passíveis de demonstração, Rudolf Stammler preferiu focalizar o tema apenas de um modo geral e analisar as transformações do Direito dentro de certas fases históricas.
 - 3 Op. cit., 2º v., p. 297.
 - 4 **Filosofia do Direito Privado**. Lisboa: Livraria Clássica, 1915, p. 26.
 - 5 Op. cit., p. 30.
 - 6 **Introducción a la Ciencia del Derecho**. Trad. da 2. ed. alemã. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1930, p. 42.
 - 7 Op. cit., 2º v., p. 299.
 - 8 BATTAGLIA, Felice. Op. cit., v. 3, p. 207.
 - 9 MACHADO NETO, A. L. e MACHADO NETO, Zahidê. **O Direito e a Vida Social**. São Paulo: Nacional, 1966, p. 96.
 - 10 **A Luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
 - 11 Op. cit., p. 38.

Capítulo 12

A FILOSOFIA DO DIREITO NA ANTIGUIDADE

Sumário: 67. A história da Filosofia do Direito. 68. Fase pré-helênica. 69. Filosofia grega pré-socrática. 70. Os sofistas. 71. O pensamento socrático. 72. A Filosofia Jurídica de Platão. 73. O pensamento aristotélico. 74. A Escola Estoica. 75. A Escola Epicurista. 76. A Filosofia do Direito em Roma. 77. Observações finais.

67. A HISTÓRIA DA FILOSOFIA DO DIREITO

A pesquisa histórica de nossa disciplina revela conhecimentos que serviram de base para desenvolvimentos ulteriores e outros que, ainda hoje, conservam atualidade plena. Haveria também aquele saber que não logrou nenhuma forma de projeção, configurando apenas opiniões. O presente estudo se limitará àqueles conhecimentos, pois as simples opiniões não devem ter acesso aos compêndios. Segundo Hegel, o significado de um dado histórico advém de seu liame com algum *fato geral* e tão somente por isso. Não se pode compreender, pensa o filósofo alemão, uma história que se limite à exposição de opiniões, pois essas podem formar unicamente “um objeto de inútil curiosidade”. A investigação apenas erudita possui esse sentido, porque “consiste em saber quantidade de coisas inúteis desprovidas de interesse intrínseco, a não ser o interesse de serem conhecidas”.¹

A investigação histórica favorece a compreensão da cultura contemporânea, pois o grande livro da sabedoria foi escrito ao longo dos séculos, cujas primeiras páginas antecederam ao pensamento helênico. A sua importância nas disciplinas filosóficas é notória, pois, como anota Del Vecchio, “(...) o presente, sem o passado, carece de sentido; e o passado revive no presente”.² A sabedoria humana foi alcançada pela soma de experiências de sucessivas gerações. Foi a herança cultural, ou transmissão de conhecimentos entre as gerações, que permitiu a formação das ciências. A sedimentação do saber foi constante. Em algumas épocas o processo se fez mais veloz, por intermédio de notáveis sábios, enquanto em outras registrou-se lentidão, seja em decorrência da falta de cientistas de expressão, seja pelas condições adversas do momento histórico, que ocorrem, por exemplo, em períodos de guerra e quando o regime político cerceia a liberdade em suas diversas formas de manifestação.

A análise histórica é rica em perspectivas e, entre outras lições, revela os fatores que induziram as fases de apogeu e de declínio, significando isso, para os contemporâneos da ciência, a oferta de dois modelos básicos: o de *êxito* e o de *fracasso*. Os ensinamentos que a história do pensamento consigna não se limitam, portanto, à apresentação de conhecimentos específicos, pois se estendem também aos fatos relevantes que margearam o saber.

Sendo a Filosofia do Direito uma reflexão sobre um objeto flexível, uma vez que a realidade a que se refere modifica-se continuamente com adaptação às condições de cada povo e de cada época, seria útil a sua pesquisa histórica? O conjunto de informações teria algo a oferecer na atualidade? Se o *homo juridicus* adota um positivismo radical, por certo responderá negativamente. Os autores que seguem orientação espiritualista tendem a responder de modo afirmativo, pois o Direito, embora seja móvel, possui elementos invariáveis, comuns aos povos na diversidade do tempo e do espaço. É que nem tudo é convencional no Direito. Há certos princípios e normas que necessariamente devem ser consagrados pelo Estado, de vez que refletem a própria dignidade do ser humano. Há

valores básicos que foram cultivados pelos cidadãos atenienses e romanos e que hoje são preservados tanto em nosso meio como em regiões estranhas, justamente porque se referem à parte estável do homem, à sua natureza.

68. FASE PRÉ-HELÊNICA

É na Grécia antiga onde vamos encontrar, propriamente, o início da Filosofia do Direito, malgrado as primeiras reflexões dessa natureza tenham precedido ao pensamento helênico, pois o Direito, de maneira empírica, envolto ainda com a Religião, Moral, Regras de Trato Social, surgira concomitante ao florescimento das civilizações do passado e, como se sabe, o pensamento jurídico exerce uma *vis atractiva* em relação ao filosófico. Como precioso arquivo do saber, a História da Filosofia do Direito deve registrar tão somente fatos significativos do pensamento, ideias pioneiras que levaram subsídios às ulteriores correntes jurídico-filosóficas que se formaram.³

Onde o espírito religioso predominou pouco se pode cogitar a respeito de um pensamento jusfilosófico, pois a lei era considerada a expressão da vontade divina, e o seu acatamento, uma imposição de fé. Tal dogmatismo atuava como obstáculo ao pensamento filosófico, que requer liberdade plena, nenhum condicionamento além dos ditames da razão e da experiência. Apesar do sentido religioso da cultura dos egípcios, indianos, chineses, hebreus, é comum aos autores reportarem-se ao pensamento desses povos, vislumbrando ali meditações jusfilosóficas.

No Egito antigo, o famoso Livro dos Mortos tanto revela o sentimento de justiça daquele povo quanto o domínio da Religião sobre o Direito. Perante o Tribunal de Osíris, conforme a narrativa, para obter a felicidade eterna o morto precisava proferir, diante da deusa *Maat*, vocábulo que significa *lei*, uma oração, cujo teor mostra o sentido religioso do dever de justiça, bem como a percepção de princípios e regras devidamente ajustados ao Direito Natural.

Na Índia primitiva destacaram-se as doutrinas *dobramanismo*, *budismo* e *jainismo*. Um dos princípios filosóficos que se eternizaram no âmbito social, hoje desdobrado em várias diretrizes do pensamento, foi o da *igualdade da natureza humana*, proclamado por discípulos de *Buda* (563-484 a.C.), ao combaterem o regime de castas.

Conhecido no mundo ocidental por Confúcio (551-479 a.C.), Kung-fu-tsé, ou “Mestre Kung”, projetou o pensamento chinês no âmbito da Filosofia, escrevendo algumas obras jurídico-filosóficas: *Ta-hio*, ou Grande Estudo; *Chon-yung*, ou Da Invariabilidade do Justo Médio; *Lin-yu*, ou Conversas Filosóficas. Para ele o valor do justo era fundamental: “Se se dispõe de homens justos, o governo prosperará; sem eles, o governo desaparecerá”; “pode-se obrigar ao povo a seguir os princípios da justiça e da razão, mas não se pode obrigar a compreendê-los” (Lin-yu, VIII, 9). Além de Confúcio, destacou-se o pensamento de seu discípulo Mêncio e de Lao-tsé, sendo que este, a lado de Chuang-tsé, criou a chamada filosofia do *taoísmo*.

Entre os hebreus, a reflexão jurídica se manifestou em livros religiosos, basicamente no Pentateuco, também denominado Torá ou Lei. Atribuída a Moisés, aquela obra apresenta cinco livros: Gêneses, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio, que reúnem preceitos religiosos e legais, dispersos em narrativas históricas. Alguns historiadores colocam em dúvida a autoria desses escritos. Para Jorge Weber eles “procedem sem dúvida do próprio Moisés”.⁴ Em frase que encerra sentido ambíguo, Ampère revela a sua admiração pela obra de Moisés: “Ou Moisés possuía uma cultura científica igual à que temos no século XIX, ou era inspirado.”⁵ Da maior significação foi o Decálogo de Moisés, que contém regras gerais baseadas na ordem natural das coisas, e por isso, em grande parte, possui atualidade. Convencido de que as leis que elaborara eram justas, Moisés perguntou: “E que gente há tão grande, que tenha estatutos e juízes tão justos como toda esta lei que hoje dou perante vós?” (**Deuteronômio**. 4, v,

8.) No livro dos *Salmos*, que teria sido elaborado por David, encontram-se também numerosas referências à justiça e equidade, refletida esta no critério de atenuação da lei por um gesto de misericórdia divina. Referida em 58 versículos dos Salmos, a justiça se apresentava como ordenamento divino e a sua observância propiciava a perfeição individual e coletiva.

69. FILOSOFIA GREGA PRÉ-SOCRÁTICA

A Filosofia grega atingiu o seu ponto mais alto com as doutrinas de Sócrates, Platão e Aristóteles, que ainda hoje exercem fascínio nos pensadores, tal a profundidade de suas reflexões e a amplitude dos temas abordados. A vocação grega para o campo das especulações manifestou-se mais cedo, porém, com a *Escola Jônica* (séc. VI a.C.), a qual, de índole materialista, pesquisou no âmbito terrestre o elemento que seria a origem do mundo sensível. A filosofia desenvolvida pelos jônios foi de natureza *cosmológica*, e seu ponto de contato com a nossa disciplina operou-se ao conceber o Direito como *fenômeno natural*. Anaximandro de Mileto, um de seus integrantes, identificou a noção de justiça com o Universo, enquanto Empédocles, que desenvolvera a teoria dos quatro elementos (água, ar, fogo e terra), recorria ao valor justiça para explicar o cosmo.

Com a *Escola Eleática* (séc. VI a V a.C.), a filosofia grega não alterou o rumo de suas investigações mantendo-se ainda no período cosmológico. Entretanto, os eleatas, com Parmênides, Xenofontes, Zenão de Eleia e Meliso de Samos foram mais profundos em suas reflexões, passando a um plano metafísico ao sustentarem que o ser verdadeiro é *uno, imutável e eterno*. Para os membros dessa Escola, o *ser* não pode surgir do *não ser*. Segundo Parmênides, o Direito seria o fator da imutabilidade do ser, pois tudo no universo se achava subordinado à justiça, e esta não permitia que algo nascesse ou fosse destruído.

No período pré-socrático foi a doutrina da *Escola Pitagórica*, ou *Itálica*, a que desenvolveu noções mais atinentes à nossa disciplina. Pitágoras de Samos (582 a 500 a.C.), seu fundador, fixou-se em Crotona, Sul da Itália onde fundou uma academia, na qual se cultivou uma rigorosa filosofia moral. Por motivos de natureza política os membros da Escola foram perseguidos e expulsos de Crotona, ocorrendo a dissolução daquela associação de pensadores.

Ao que tudo indica, Pitágoras não escreveu livros, mas o seu pensamento encontra-se registrado na obra **Sobre a Natureza**, de Filolau, seu mais notável seguidor. Pensavam os pitagóricos que a Filosofia era o meio de purificação interna, ideia essa que séculos mais tarde influenciou o *idealismo ético* de Platão. Objetivando a academia o preparo e formação de dirigentes, aqueles pensadores promoveram uma aproximação, em seus estudos, da Filosofia com a Política.

A doutrina da Escola Pitagórica pode ser definida como um sistema filosófico fundado em números considerados a essência de todas as coisas. Tal concepção foi aplicada aos domínios da Filosofia do Direito, pois definiram a justiça como *igualdade entre o fato e a conduta correspondente*: um crime, uma penalidade; uma tarefa, uma retribuição. Expressa na fórmula “aquilo que um sofre por algo”, considerada *certeira* por Truyol y Serra,⁶ a noção pitagórica de justiça como igualdade foi mais tarde desenvolvida pelo gênio Estagirita. O valor justiça foi simbolizado pela figura geométrica do quadrado, em razão da absoluta igualdade de seus lados, e pelos algarismos 4 e 9, pois resultantes da multiplicação, por si mesmos, de um número par e de um ímpar. Quanto ao Direito, este foi definido por Pitágoras como *o igual múltiplo de si mesmo*, concepção essa que não logrou senão vagas interpretações, entendendo Pontes de Miranda que aquele sábio desejou, possivelmente, “expressar o imutável que há na sucessão das formas e a despeito delas”.⁷

70. OS SOFISTAS

Com o aparecimento dos sofistas houve um giro copernicano na filosofia grega, que abandonou as investigações cosmológicas em prol de indagações centralizadas no homem, iniciando-se a fase antropológica da Filosofia. O aparecimento da Sofística, no século V a.C., que teve em Protágoras, Górgias, Hípias, Trasímaco, o seus corifeus, não se registrou por acaso, mas em decorrência do fato histórico da democratização de Atenas que, à época de Péricles, renunciara ao regime aristocrático.

Os sofistas eram cidadãos cultos, bons oradores, que desejavam ensinar a arte e a técnica política e por isso dedicavam especial atenção à Retórica, visando ao preparo de novos dirigentes. Outro fato que motivava os sofistas e valorizava as suas orientações era a circunstância de que, na Ágora, os cidadãos expunham oralmente, diante dos juízes, as suas próprias causas. Pelo fato de não terem deixado escritos, suas ideias são conhecidas pelas obras de seus adversários, especialmente pelos diálogos platônicos.

Os sofistas não chegaram a formar uma escola, pois não adotaram uma linha única de pensamento, sendo-lhes comum a divergência ou contradição de ideias, embora convergissem seu estudo para idêntico alvo: o homem e seus problemas psicológicos, morais e sociais. Não obstante defendessem, algumas vezes, teses absurdas, provocando reações, não tinham o hábito de fundar seus argumentos em princípios religiosos, daí Hans Welzel ter realçado que o aparecimento dos sofistas trouxe para o espírito grego o advento da Ilustração.⁸ Entre os autores, são classificados como *individualistas* e *subjetivistas*, além de negadores da ciência, pois entendiam que toda pessoa tem o seu modo próprio de ver as coisas, fato esse que inviabilizaria qualquer ciência, pois nenhuma delas pode constituir-se por meras opiniões isoladas. Em decorrência dessa premissa, admitiram apenas o caráter relativo da justiça e do Direito, que seriam contingentes e de expressão convencional. Colocando em análise a indagação se a justiça se fundava na ordem natural, de um modo geral negaram, sob o argumento de que “se existisse um justo natural, todas as leis seriam iguais”.⁹ Coube a um sofista – Protágoras – a proclamação de que “o homem é a medida de todas as coisas”, ideia essa que fortalece a tese em torno da existência de um direito que reúne princípios eternos, imutáveis e universais, pois fundado no homem, em sua natureza.

71. O PENSAMENTO SOCRÁTICO

O período ático da filosofia grega iniciou-se com Sócrates (470 ou 469 a 399 a.C.) e foi completar-se com o pensamento de Platão e de seu discípulo Aristóteles. A exemplo dos sofistas, seus contemporâneos, Sócrates atraía ouvintes, com eles se reunindo em praças públicas, mas enquanto os primeiros proferiam palestras e cobravam, ele mantinha fecundos diálogos e nada recebia em troca. O pensamento socrático acha-se consignado nas obras *Apologia* e *Memoráveis*, de Xenofontes, e nos *Diálogos* de Platão. Conforme a crítica de Rafael Gamba, ambos seriam péssimos biógrafos, “o primeiro por carência, o segundo por exagero”.¹⁰

Particularmente notável foi o método empregado pelo filósofo na sua busca do saber. Interessado em refletir sobre determinado tema, dirigia pergunta ao seu interlocutor e, de cada resposta, formulava outra indagação, provocando embaraços crescentes para o interrogando. Essa fase do método é denominada *ironia*. Após seu interlocutor reconhecer o equívoco das respostas, Sócrates demonstrava o que era certo, ocorrendo assim a *maieutica*, cujo vocábulo deriva de *maia*, parto de ideia. Mais tarde a *maieutica* foi aperfeiçoada por Platão, que a transformou em sua dialética.

Enquanto os sofistas se intitulavam conhecedores da verdade, Sócrates afirmava: “A única coisa que eu sei é

precisamente que nada sei.” Por essa expressão quis apenas mostrar que o homem da ciência deve adotar postura de humildade diante do universo do saber. Uma das premissas de seu pensamento era a inscrição do oráculo de Delfos: *Nosce te ipsum* (conhece-te a ti mesmo). Entendia não ser possível ao homem conhecer a realidade objetiva desconhecendo o seu próprio ser. Pregou, então, a filosofia do autoconhecimento.

O pensador, que não se interessara pela Cosmologia e nem pelas questões políticas, não formulou um sistema sobre o Direito, deixando considerações esparsas sobre o problema da lei e da justiça. Com a consciência de cumprir os seus deveres de cidadão, ao ser indagado por Hípias quanto à noção de justiça, respondera-lhe ser desnecessário dizer com palavra o que revelava com o exemplo de sua conduta.

O grande sábio identificou a justiça com a lei: “Eu digo que o que é legal é justo;” “quem obedece às leis do Estado obra justamente, quem as desobedece, injustamente.” Sócrates orientava no sentido da plena obediência à lei, proclamando ser um ato de injustiça a sua violação, pois a mesma seria uma decorrência de um consentimento dos cidadãos, implicando o desrespeito em quebra de um pacto. Nessa ideia, Guido Fassó vislumbra uma concepção contratualista.¹¹ Tal perspectiva de pensamento demonstra afinidade com a doutrina positivista, que somente viria surgir muitos séculos após.

Na riqueza das ideias socráticas encontram-se também manifestações de natureza jusnaturalista, pois, no diálogo com Hípias, o sábio aborda sobre *leis não escritas de caráter universal e que seriam de origem divina*. Não apenas no pensamento do filósofo, mas também pelo último exemplo de vida, nota-se uma valorização dos princípios de segurança jurídica. Ao ser condenado injustamente a beber cicuta, sob alegação de que corrompia a juventude com alusão a novos deuses, Sócrates negou a sua fuga aos amigos, dizendo-lhes que “era preciso que os homens bons cumprissem as leis más, para que os homens maus respeitassem as leis sábias”. Com o seu gesto, Sócrates, no conflito entre os valores justiça e segurança, optou por este último.

72. A FILOSOFIA JURÍDICA DE PLATÃO

Assimilando de Sócrates, seu grande mestre, o método de reflexão por diálogos, o ateniense Platão (427-347 a.C.) produziu numerosos escritos filosóficos, notáveis pela profundidade e força lógica de suas ideias e ainda pela elegância do estilo. Esse valioso conjunto de forma e conteúdo levou Bernard Shaw, após a leitura dos diálogos, a rever o seu convencimento quanto ao progresso da cultura, pois “se a humanidade produziu há vinte e cinco séculos um tal homem, forçoso é confessar que a cultura não tem progredido em todos os seus aspectos”.¹²

Descendente de família nobre, Platão recebeu educação esmerada, e aos vinte anos de idade passou a acompanhar as lições de Sócrates, ao lado de quem permaneceu até que a morte lhe tirasse o grande mestre. Mais tarde, já aos quarenta anos, após haver encetado viagens ao Egito e sul da Itália, por onde conviveu com os pitagóricos e com os dois Dionísio, retornou a Atenas e ali fundou a sua Academia, na qual se cultivavam as ciências e a Filosofia, permanecendo naquele centro de estudos até o fim de sua existência.

Dos vinte e seis diálogos conhecidos, *A República*, que mais propriamente deveria denominar-se “O Estado”, é a obra mais citada, pois nela se acham reunidas as ideias do filósofo nos domínios da Ética, Estética, Psicologia, Teologia e Metafísica. Nos diálogos, a presença de Sócrates é constante, a ponto de criar embaraços aos intérpretes quanto à distinção do pensamento dos dois filósofos. Destacam-se, ainda, com particular interesse para a nossa disciplina, os diálogos constantes em *O Político* e em *As Leis*.

Enquanto no pensamento socrático a ética possui conotação utilitária, pois identificara o bem com o útil e agradável para o homem, em Platão aquela noção se apresenta desprovida de condicionamento, pois o bem teria

valor em si mesmo. Muitos séculos após, Emmanuel Kant (1724-1804) desenvolveria igual linha de pensamento. De capital importância em seu sistema filosófico é a noção de *ideia*, a qual não se confunde com o sentido comum do vocábulo, com objeto do pensamento humano. É algo exterior, que existe no mundo da realidade objetiva e *que se vê*. A ideia se identifica com o universal, pois é essência depurada de individualidade.

Marcado, na interpretação de alguns autores, pela condenação de Sócrates, Platão teria se preocupado em conceber o Estado perfeito, que seria governado pelos mais sábios, onde a justiça prevaleceria. Comparou o Estado com o homem em dimensão grande, pois seria dotado de organismo completo e de perfeita unidade. A análise sobre o Estado revela que a preocupação maior do filósofo não era com o Estado em si, pois esse é mostrado apenas como instrumento de realização da mais completa justiça. Este valor, portanto, é o alvo principal de todo o sistema imaginado. A justificativa para a existência do Estado revela que o filósofo o concebeu como processo de adaptação criado pelo homem para suprir as suas deficiências, pois surgiria como decorrência da impossibilidade de cada pessoa, diretamente, prover as suas mais variadas necessidades.

Os laços de harmonia que devem imperar na sociedade apenas seriam possíveis em um Estado organizado racionalmente. Considerando que a propriedade e a família eram dois fatores de instabilidade social, pois provocavam divisões entre os homens e confronto do interesse geral com o particular, preconizou a extinção das duas instituições. Ao Estado seria confiada a tarefa de criar e educar os jovens, prática que induziria maior respeito entre os membros da comunidade e a extinção dos privilégios de parentesco. As uniões, por seu lado, não seriam livres, competindo aos magistrados a sua disposição. O poder do Estado seria ilimitado e, em face dele, os cidadãos não possuíam algum direito. Os indivíduos, em verdade, pertenciam ao Estado.

A sociedade no Estado ideal seria formada pelos *artesãos*, que seriam laboriosos; pelos *guerreiros*, que seriam fortes; pelos *magistrados*, que seriam dotados de racionalidade. Entre as classes haveria uma hierarquia, pois os artesãos e guerreiros deveriam subordinar-se aos magistrados, que seriam governantes e representados pelos filósofos. Cada membro da sociedade deveria desempenhar papel correspondente às suas aptidões. Ao nascer, Deus colocaria *ouro* nos que iriam governar; *prata*, na formação dos guerreiros; *ferro e bronze* nos agricultores e artífices. Admitia, porém, que um tipo de metal pudesse produzir uma geração de outro metal. A justiça somente seria alcançada na medida em que as pessoas desempenhassem na sociedade um papel compatível com as suas aptidões. Conforme destaca Felice Battaglia, não há de se inscrever o nome de Platão entre os precursores do comunismo, já que as suas considerações foram de ordem ética e política, não se estendendo ao setor econômico.¹³

Em sua obra **As Leis**, produzida na velhice, Platão alterou vários princípios que adotara em **A República**. Em lugar de três classes sociais, reconheceu quatro, cujo critério de distinção se basearia na renda individual. Aceitou o casamento monogâmico em todas as classes e também o direito de propriedade sobre a terra, embora com várias restrições. Platão, que concebera o *estado sem lei*, modelo esse que confiava aos juízes a solução justa das questões, embora convencido de seu acerto, reconheceu que o mesmo seria inexecutável naquela época, pois não havia magistrados assim habilitados em número suficiente. Ainda quanto à lei, entendera o filósofo que os textos deveriam ser acompanhados de exposição relativa à finalidade do ato normativo.

73. O PENSAMENTO ARISTOTÉLICO

Com Aristóteles (384-322 a.C.) encerra-se o chamado *período ático* da Filosofia grega, iniciado com Sócrates e continuado com Platão. Essa fase áurea do pensamento estendeu-se entre os séculos V e IV a.C. e foi considerada como *idade de ouro* da cultura humana.

Nascido em Estagira, na Trácia, Aristóteles frequentou a Academia de Platão durante duas décadas, e com a morte de seu mestre empreendeu viagens pela Grécia, exercendo, a seguir, as funções de preceptor de Alexandre, filho de Felipe, rei da Macedônia. Mais tarde, retornando a Atenas, ali fundou uma escola de Filosofia, que recebeu o nome de Liceu. Denominou-se *peripatética* a Filosofia ensinada naquela escola, isso em razão de o Estagirita adotar a prática da caminhada entre as alamedas cobertas (*peripatoi*) enquanto dissertava aos seus discípulos. Parte da extensa produção cultural do filósofo, que abrange tanto a Filosofia quanto as ciências, foi escrita naquela época, e entre as principais obras destacam-se: **Organon** ou **Tratado de Lógica**; **Ética a Nicômaco** e **Política**, estas duas com maior interesse para os nossos estudos.

De todos os filósofos da Antiguidade, foi Aristóteles quem desenvolveu mais extensamente os temas ligados à Filosofia Jurídica. Para ele o Estado constituía a expressão mais feliz da comunidade humana e o seu vínculo com o homem era de natureza orgânica, pois “assim como não é possível conceber a mão viva separada do corpo, assim também não se pode conceber o indivíduo sem o Estado”.¹⁴ Do ponto de vista social o homem foi chamado de *animal político*, no sentido de que possuía instinto de vida gregária. Fora da sociedade, segundo o Estagirita, o homem seria um bruto ou um deus. Para que o homem vivesse isoladamente seria necessário, portanto, que não se situasse dentro dos padrões de normalidade. Séculos mais tarde, Tomás de Aquino, seu grande seguidor na Idade Média, enumerou três hipóteses para a vida extrassocial: *mala fortuna*, *excellentia naturae* e *corruptio naturae*.

Diferentemente de seu mestre, que situava as questões filosóficas em um plano de profunda abstração, Aristóteles procurava ligar-se mais aos fatos empíricos, na contemplação dos fenômenos sociais. Apesar de desenvolver amplamente a reflexão sobre a justiça, considerou legítimo o regime da escravidão, pois a vida, ao mesmo tempo em que requeria a atividade intelectual da classe dirigente, necessitava da mão de obra dos agricultores e artífices. A escravidão, que se impunha como ordem natural das coisas, deveria extinguir-se quando pudesse ser substituída pela máquina. Del Vecchio, como tantos outros autores, procurou justificar a posição de Aristóteles, alegando que a sociedade daquela época adotava aquele modelo de organização, deixando entrever que o Estagirita fora influenciado pelos fatos de seu tempo. Tal argumento seria ponderável em função de um homem médio, não para um filósofo que exercita, permanentemente, a arte da superação; que é capaz de ver além da física; que era mestre, enfim, na ciência da abstração.

Os filósofos que antecederam Aristóteles não chegaram a abordar o tema da justiça dentro de uma perspectiva jurídica, mas como valor relacionado à generalidade das relações interindividuais ou coletivas. Em sua **Ética a Nicômaco**, o Estagirita formulou a teorização da justiça e equidade, considerando-as sob o prisma da lei e do Direito. Tão bem elaborado o seu estudo que se pode afirmar, sem receio de erro, que muito pouco se acrescentou, até nossos dias, àquele pensamento original.

Aprovando a assertiva de Teógnis, para quem “na justiça estão compreendidas todas as virtudes”, o filósofo considera justo o homem respeitador da lei e injusto o sem lei. Com esta passagem, não pretendeu expressar uma profissão de fé cega na lei, pois a sua atenção não se achava concentrada em lei de qualquer conteúdo, mas naquelas que comungam com o seu sentido virtual, conforme se pode concluir da seguinte passagem de sua **Ética a Nicômaco**: “(...) nas disposições que tomam sobre todos os assuntos, as leis têm em mira a vantagem comum, quer de todos, quer dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo nesse gênero; de modo que, em certo sentido, chamamos justos àqueles atos que tendem a produzir e a preservar a sociedade política e felicidade e os elementos que a compõem.”¹⁵

Ao elaborar a sua noção de justiça, Aristóteles assimilou dos pitagóricos as medidas *igualdade* e

proporcionalidade, afirmando que a justiça envolvia pelo menos quatro termos: “(...) porquanto duas são as pessoas para quem ele é de fato justo, e duas são as coisas em que se manifesta – os objetos distribuídos.”¹⁶ A justiça não implicaria apenas igualdade, tomada esta como proporção aritmética, mas também proporcionalidade, que “é uma igualdade de razões”. Classificou a justiça em duas espécies básicas: *distributiva*, que denominou proporcional, e *comutativa*, por ele chamada de retificadora ou corretiva. A distributiva se configuraria com a distribuição, proporcional ao mérito de cada pessoa, de bens, recompensas, honras. A comutativa ocorreria nas relações de troca, consistindo na igualdade entre o quinhão que se dá e o que se recebe. Ela poderia ser *voluntária*, como nos contratos, e *involuntária*, como nos delitos. Na última hipótese caberia ao juiz “igualar as coisas mediante penas”, aspecto esse que levou Del Vecchio a tratá-la por justiça judicial. Ao rechaçar a ideia pitagórica de reciprocidade como prática justa, revela a sua oposição à *pena de talião* sem, contudo, a ela referir-se nominalmente: “Ora, *reciprocidade* não se enquadra nem na justiça distributiva, nem na corretiva, e no entanto querem que a justiça do próprio Radamanto signifique isso: Se um homem sofrer o que fez, a devida justiça será feita.”¹⁷

A noção de equidade foi exposta por Aristóteles como “uma correção da lei quando ela é deficiente em razão de sua universalidade”. O filósofo apresentou a equidade como critério de preenchimento de lacunas: “(...) quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão...”¹⁸ O filósofo comparou a equidade à régua de lesbos que, por ser de chumbo, possuía flexibilidade suficiente para se adaptar à forma da pedra. Analogamente o juiz deveria proceder, adaptando a lei aos fatos concretos.

A genialidade do Estagirita luziu também nos domínios do Direito Comparado, ao elaborar comentários sobre inúmeras constituições de sua época, chegando aos nossos dias, porém, apenas os referentes à Constituição Ateniense. Foi original, ainda, ao preconizar a célebre divisão dos *três poderes do Estado*, teoria essa, muitos séculos depois, amplamente estudada por Montesquieu.

74. A ESCOLA ESTOICA

O *estoicismo* é uma doutrina que teve os seus antecedentes com a *Escola Cínica*, sobretudo no pensamento de seus corifeus Antístenes (445-370 a.C.) e Diógenes (413-323 a.C.). Para eles, os homens deveriam limitar as suas necessidades e depender menos das coisas. Cada cidadão deveria agir livremente e desatar os laços que o prendiam ao Estado e se transformar em cidadão do mundo (cosmopolita). A atenção dos homens deveria voltar-se para as leis da virtude e não para os costumes e leis impostas pelo Estado. Pregaram o retorno ao primitivo estado de natureza. Para Ruiz Moreno, os cínicos desenvolveram “uma espécie de anarquismo passivo”.¹⁹

Fundada por Zenão de Cítio (335-263 a.C.), a Escola Estoica teve a sua doutrina sistematizada por Crisipo, no século III a.C., e se expandiu por toda a Grécia, indo projetar-se em Roma, onde obteve notáveis seguidores: Cícero, Sêneca, Marco Aurélio, Epíteto, cujo pensamento será objeto de apreciação à parte. Sob a influência de Heráclito os estoicos adotaram uma filosofia panteísta, sustentando que o universo seria conduzido por um princípio geral, *logos*, a razão, estando o mundo da matéria impregnado de racionalidade. O homem, também sujeito àquele princípio, seria essencialmente racional. Nos domínios da ética, assimilaram o pensamento dos cínicos, mas de uma forma purificada, pois para esses o homem deveria viver de acordo com a natureza em geral, enquanto para os estoicos a natureza em questão seria a comum aos homens. O *bem*, para eles, estaria na resignação, e verdadeiramente sábio seria o que soubesse superar as suas paixões e se livrar de condicionamento exterior. O

homem sábio, portanto, desfrutaria de liberdade interna. Esta, que somente seria alcançada com o aperfeiçoamento do espírito, nivelaria os homens, pois diante dela a diferença de classes não teria sentido, desaparecendo a distinção entre as pessoas livres e os escravos.

Estando o universo animado pela razão, esta seria a fonte suprema a orientar os homens e suas leis, e sendo única não poderia ditar senão um direito e um Estado; daí Zenão de Cítio ter pregado a formação de um Estado universal. Pelos princípios gerais do estoicismo se depreende a existência de um Direito Natural, que seria aquele em total harmonia com a razão que governa o universo. Com a implantação do Estado único, o Direito Natural tenderia a se efetivar espontaneamente, prescindindo de leis, pois estas não seriam mais necessárias, conforme o pensamento do fundador da Escola.

75. A ESCOLA EPICURISTA

Criada por Epicuro de Samos (341 a 270 a.C.), a Escola Epicurista, do ponto de vista da ética, foi um prolongamento da Escola Cirenaica, com a virtude, todavia, de superá-la. Seu fundador teria produzido inúmeros tratados, que não chegaram, porém, aos dias atuais, salvo por abundantes fragmentos. Em Atenas, no ano 306 a.C., Epicuro fundou uma escola filosófica que levou o nome de “filósofos do jardim”, justamente porque os encontros se faziam em um jardim.

A Escola Cirenaica, criada por Aristipo de Cirene, no século IV a.C., havia exposto uma doutrina ética de cunho utilitário, sendo por isso também chamada de Escola Hedonista, cujo vocábulo deriva do grego *hedone*, *prazer*. O homem deveria procurar, com as suas ações, alcançar o prazer e afastar a dor, com o prazer identificado restritamente com as sensações físicas. Negaram, os cirenaicos, a existência de um direito natural, de vez que não admitiam o justo por natureza, mas apenas como produto de convenções humanas.

A ética desenvolvida pela escola de Epicuro conservou o sentido hedonista impregnado pelos cirenaicos, mas o prazer concebido já não seria o das sensações físicas, mas o provocado pelo espírito. Os epicuristas abordaram o tema de um modo mais racional e refinado do que seus antecessores. Eles chegaram a criar uma hierarquia entre os prazeres, tendo Epicuro situado o prazer da amizade em primeiro plano. Os filósofos dessa escola aconselhavam a temperança como meio de assegurar melhores condições para o homem desfrutar dos prazeres.

Os epicuristas entendiam que o ser humano não era sociável por natureza, mas por conveniência. Quando em estado de natureza o homem vivia na *dor*, visto que permanecia em conflito com o semelhante. Para evitar a dor e favorecer a busca do prazer, os homens teriam criado o Estado. No momento, porém, em que este deixar de cumprir a finalidade para a qual foi gerado, o pacto poderá ser rompido. Ora, como o Estado se estrutura e organiza a sociedade mediante leis, estas teriam, conseqüentemente, o objetivo de facilitar o prazer e de afastar a dor. O epicurismo elaborou, destarte, o esboço fundamental da *teoria do contrato social*. A teoria do Estado, assim formulada, na visão de Giorgio Del Vecchio revelaria “situação de anarquia potencial”.²⁰

76. A FILOSOFIA DO DIREITO EM ROMA

Ao gênio especulativo dos gregos corresponde, na Antiguidade, a vocação romana nos domínios da Ciência do Direito. Enquanto os primeiros foram originais na Filosofia, os segundos foram extraordinários na elaboração de seu *Jus Positum*. Roma não chegou, é certo, a desenvolver uma filosofia inovadora, pois seus cultores inspiraram-se em fontes gregas, contudo não seria correto afirmar-se que os romanos foram inapetentes nessa área do conhecimento. Com efeito, os romanos não dispunham de recursos intelectuais para a construção de seu sistema jurídico, apreciado

e estudado ainda hoje em todas as partes, caso não fundassem seu pensamento em princípios sólidos, somente alcançáveis pela via filosófica.

Das várias correntes filosóficas que lograram ramificações em Roma, o estoicismo foi a que obteve maior penetração, sobretudo com as obras de Cícero, Sêneca, Marco Aurélio e Epíteto. A influência da Escola de Zenão de Cítio é explicada, em parte, pelo caráter austero dos romanos, que se identificaram com a linha ética daquela filosofia e, ainda, pela tendência expansionista de seu povo, que encontrou apoio na teoria do Estado único.

Embora tenham os romanos enfrentado o tema do Direito Natural, não se dispuseram a definir o Direito, salvo eventualmente e, ainda assim, de maneira imprecisa. Levy-Ullmann chama a atenção para o fato de que os Tribonianos definiram tanto a justiça quanto a jurisprudência, mas, em relação ao Direito, apenas se limitaram a enumerar os *praecepta juris*.²¹ A definição deixada por Celso, amplamente conhecida, situou o Direito como *ars boni et aequi*, revelando que faltou ao autor a percepção de que Direito e Moral são autônomos, pois a noção de *boni* é de natureza ética. Em igual falha incorreu Ulpiano (170-228), autor dos famosos *praecepta juris*: *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu). Embora inegável a sabedoria dos princípios, pois expressam a ordem natural das coisas e por isso têm consistência granítica, certo é que o preceito *viver honestamente* é de natureza moral. Justificando os princípios, Sílvio Meira sinteticamente declarou que “o Direito deve alicerçar-se no *justo*, no *honesto*, a fim de evitar que o lícito seja desonesto”.²²

Com o jurisconsulto Paulo encontramos uma sábia distinção entre o Direito e a Moral: *Non omne quod licet honestum est* (Nem tudo que é lícito é justo). Apesar de tal percepção, os romanos não formularam uma teoria diferenciadora entre os dois domínios, que somente apareceu no início do século XVIII, com o alemão Cristian Tomásio. Coube a Aristóteles, no curso da história, a elaboração da teoria da justiça, mas foi Ulpiano quem formulou a definição mais famosa do valor excelso do Direito: *Constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* (D. I, 1, 10, pr.). Além de retratar a justiça como virtude pessoal, a definição expressa a ideia apenas estruturalmente, sem indicar a fórmula pela qual se deve contemplar *a cada um com o seu*.

Relativamente à noção do Direito Natural, havemos de destacar as reflexões de Marco T. Cícero (106-42 a.C.), especialmente expressas em **De Republica** e em **De Legibus**. Para ele o Direito Natural seria “a reta razão em concordância com a natureza” e, por esse motivo, seria eterno, imutável e universal. Opondo-se à ideia de que seriam justos todos os costumes e leis, proclamou que a noção do justo adviria igualmente da natureza e que esse valor antecedia as leis positivas. O sentimento de justiça seria comum a todos os homens, embora não fosse idêntico. Concebeu a lei não como acordo entre os homens, mas como algo derivado da natureza “*lex est ratio summa insita innatura...*” (**De Legibus**, I, 6).

Marco Aurélio (121-180), imperador romano e autor de **Pensamentos** e de outros escritos, adotou a filosofia estoica e concebeu um direito natural fundado na razão e válido em todas as partes. Durante o seu império promulgou leis humanitárias, onde os escravos foram beneficiados, e impregnadas de sentido universal. Para o estoico Sêneca, autor de **De Providentia** e de vários outros escritos, a humanidade teria vivido, em seus primórdios, uma idade de ouro, caracterizada pela inexistência de propriedade particular, leis e governo. Em suas reflexões, de natureza ética e mística, abominou o Estado e suas leis, considerando-os um dos males do mundo. Epíteto (aprox. 55-138), que fora escravo, passando depois a ensinar a sua filosofia, é um dos representantes do estoicismo romano. Embora não tenha deixado escritos, a reconstituição de seu pensamento foi elaborada por seu discípulo e historiador Flávio Arriano. Influenciado, possivelmente, por sua condição social anterior, pensava que a verdadeira liberdade era

interna e que Deus fizera dos homens seres livres. A exemplo de Sócrates, orientava no sentido da obediência às leis, ainda que injustas, e submissão ao Estado.

77. OBSERVAÇÕES FINAIS

Embora dois mil anos nos separem da época em que as doutrinas aqui expostas foram elaboradas e não se possa concordar, por óbvias razões, com o leque de perspectivas oferecidas, há de se reconhecer, de um modo geral, a atualidade dos temas abordados e, ainda, que a linguagem de que se revestem nos é familiar. Tal afinidade não decorre do acaso. Ela existe porque o homem hodierno e a realidade que o circunda basicamente são aqueles da Antiguidade. O progresso científico e tecnológico não modificou a natureza fundamental do homem, e o avanço registrado nas ciências humanas não foi suficiente para apagar a inquietação que habitava no ser humano. O *continuum* que se observa na Filosofia do Direito deve-se também ao fato de que o objeto pensado e refletido na disciplina não é algo meramente contingente, cambiável na forma e em seu conteúdo. Embora a sociedade atual, em comparação com a primitiva, tenha alcançado requinte e sofisticação e com ela também o Direito, pode-se concluir que a modernidade do *Jus Positum* é fato dinâmico e de aparência e que em seu âmago continuam a habitar soberanamente os *praecepta juris* dos romanos.

-
- 1 **Introdução à História da Filosofia.** 3. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, Sucessor, 1974, p. 50.
 - 2 Op. cit., v. I, p. 35.
 - 3 Ao prefaciar a tradução portuguesa da obra de Hegel, **Introdução à História da Filosofia**, Joaquim Carvalho, professor da Universidade de Coimbra, sustenta a tese de que antes do séc. XIX houve apenas a proto-história, pois a HISTÓRIA da Filosofia não podia formar-se sem alguns pressupostos e requisitos, surgidos apenas na segunda metade do século XIX.
 - 4 *Apud* ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos.** 4. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1961, p. 14.
 - 5 *Idem*, p. 14.
 - 6 Op. cit., 1º v., p. 123.
 - 7 **Sistema de Ciência Positiva do Direito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Borsói, 1972, v. I, p. XXVI.
 - 8 WELZEL. **Introducción a la Filosofía del Derecho.** 2. ed. Espanhola. Madrid: Aguilar, 1971, p. 6.
 - 9 *Apud* DEL VECCHIO, Giorgio. Op. cit., v. I, p. 42.
 - 10 *Apud* GAMBRA, Rafael. **Pequena História da Filosofia.** 3. ed. Porto: Livraria Tavares Martins, 1970, p. 85.
 - 11 **História de la Filosofía del Derecho.** 3. ed. Madrid: Pirámide S.A., 1982, v. 1, p. 44.
 - 12 *Apud* GAMBRA, Rafael. Op. cit., p. 98.
 - 13 BATTAGLIA, Felice. Op. cit., v. 1º, p. 133.
 - 14 *Apud* DEL VECCHIO, Giorgio. Op. cit., v. I, p. 54.
 - 15 **Ética a Nicômaco**, livro V, cap. 1.

- 16 Op. cit., livro V, cap. 3.
- 17 Op. cit., livro V, cap. 5.
- 18 *Idem*, cap. 10.
- 19 **Filosofía del Derecho**, cit., p. 193.
- 20 Op. cit., v. I, p. 65.
- 21 **La Definición del Derecho**. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1925, p. 13.
- 22 **Instituições de Direito Romano**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971, v. 1º, p. 42.

Capítulo 13

A FILOSOFIA DO DIREITO NA IDADE MÉDIA

Sumário: 78. O cristianismo. 79. São Paulo. 80. Santo Agostinho. 81. Santo Isidoro de Sevilha. 82. O pensamento jurídico de Santo Tomás de Aquino. 83. O voluntarismo de John Duns Escoto e Guilherme de Ockham.

78. O CRISTIANISMO

No plano do pensamento a época medieval foi dominada pelo cristianismo, doutrina surgida no início de nossa era com Jesus de Nazaré que, em seus três anos de apostolado, pregou a fraternidade entre os homens e condenou a hipocrisia e a cobiça. As ideias que semeou foram desenvolvidas, mais tarde, por seus sucessores, principalmente por Paulo de Tarso, que exaltou o poder da fé e negou valor à lei terrena para a salvação dos homens.

No último quartel do século IV, após cinquenta anos de perseguição oficial aos cristãos, o governo romano, com a promulgação de vários decretos, reconheceu o cristianismo como a única religião legal do império. O triunfo não se deu por contingência, mas devido a um conjunto de motivos que favoreceu a expansão da doutrina junto às camadas sociais. A nova religião, que colhe subsídios em outras seitas e se apresentava como a mais universal, franqueou o seu culto às mulheres, diferentemente do *mitraísmo*, seu rival, além de atender aos pobres e aos humildes.¹

Embora se encontrem alusões à justiça nas palavras do grande fundador, em sua formulação original o cristianismo não se ocupou com a ideia do Direito nem da organização da sociedade, de vez que, apoiado no Novo Testamento, surgiu para atuar no âmbito da consciência humana, infundindo-lhe princípios morais. Não se buscavam, com a nova religião, reformas políticas ou sociais, tanto que a Igreja não chegou sequer a condenar a escravidão, não obstante recomendasse tratamento humano para a casta inferior. Cristo já havia anunciado também: “Meu reino não é deste mundo.”

Com o pensamento voltado mais para o reino de Deus, os primeiros adeptos do cristianismo não se preocupavam com o Estado e seu Direito, mas o encontro com este, todavia, seria forçoso, pois os membros daquela religião fatalmente teriam de estruturar a sociedade cristã e a Igreja, tarefa que os levaria, obrigatoriamente, à criação de regras de convivência. Conforme análise de Guido Fassò,² a indiferença inicial dos cristãos para com o Estado e o Direito foi substituída pelo conflito da Igreja e sua ideia de Direito em face do Estado e seu ordenamento jurídico concreto. Durante toda a Idade Média, os indivíduos se viam diante de dois fortes poderes: o *Estado*, a quem deveriam se entregar como parte de um todo, e a *Igreja*, a cuja autoridade deveriam se submeter espiritualmente.

A Filosofia do Direito, como as demais emanções do espírito, foi dominada pelo pensamento religioso dos cristãos, que divulgavam a sua crença na origem divina do Direito. A Igreja seria superior ao Estado, pois enquanto este ordenava interesses mundanos, aquela se ocupava da vida eterna. A concepção religiosa do Direito perdurou até o início do século XVII, quando Hugo Grócio proclamou a existência de um Direito Natural independente de Deus.³

79. SÃO PAULO

A Filosofia do Direito medieval, que girou fundamentalmente em torno do cristianismo, foi influenciada pela doutrina de Paulo de Tarso, que muitos séculos antes, em Epístola aos Romanos, admitira a existência do Direito Natural, inscrito nos corações humanos. Esse Direito estaria para os gentios assim como a lei mosaica para os judeus. Segundo o apóstolo, embora os gentios ignorassem a lei escrita, poderiam observá-la seguindo os impulsos da natureza. Para o apóstolo, a noção de justiça não se achava aprisionada na lei positiva, pois homem justo não se fazia pela observância da lei, mas pela fé na orientação do Redentor.

São Paulo, que em sua formação intelectual inspirara-se na filosofia helênica, sobretudo pela doutrina estoica, interpretou extensivamente as palavras do evangelho ao revelar as verdades ali implícitas. Ao mesmo tempo em que valorizava o poder da fé e do amor, o apóstolo situava a lei em plano inferior, pois esta representava a carne, ou seja, o pecado, a morte, tudo aquilo que o fundador do cristianismo procurara redimir. A lei positiva deveria ser superada pela fé e pelo amor. As reflexões sobre a lei encontram-se principalmente na Epístola aos Romanos, onde foi abordada em quatro dimensões: lei divina ou eterna, lei da razão ou natural, lei positiva e lei do pecado.

As decisões divinas não seriam motivadas e a justiça de Deus não se fundaria em essências ou em valores, porque seria exclusivamente a expressão da vontade do Criador. Sendo a vontade de Deus a fonte da justiça, podemos inferir duas conclusões: a) emanada de um Ser perfeito, a justiça divina seria perfeita; b) não se baseando em dados axiológicos, a justiça seria o próprio Deus em si.

Relativamente ao plano político, pensava que a autoridade dos governantes originasse de Deus e, em consequência, os que se opunham ao poder temporal resistiam, em realidade, à vontade divina. Quanto às instituições sociais, Paulo de Tarso concebeu o matrimônio como remédio da concupiscência e a virgindade como estado perfeito, que permitia plena dedicação a Deus. Não apenas reconheceu a escravidão como parte da organização social como ainda concitou os escravos à obediência e os amos, à equidade.

80. SANTO AGOSTINHO

Ao longo da Idade Média o pensamento cristão foi dominado, sucessivamente, pela *patrística* e a *escolástica*. A primeira formou-se nos primórdios do cristianismo e perdurou até Carlos Magno, no ano 800. Seu principal nome foi Santo Agostinho (354-430), nascido em Tagaste, norte da África, autor de uma doutrina considerada o elo de transição entre a filosofia grega e a medieval. Agostinho seguiu inicialmente a seita maniqueísta, que proclamava a existência de uma luta constante entre o princípio do bem e o do mal, porém, ao estabelecer contato com Santo Ambrósio, em Milão, e com os escritos de Plotino, abandonou o materialismo e converteu-se à religião cristã ordenando-se sacerdote e, quatro anos após, sagrando-se Bispo de Hipona, antiga cidade da Numídia, onde veio a falecer.

Em **As Confissões**, hino de louvor a Deus e autorretrato espiritual, Agostinho considera que a verdadeira justiça interior não adota o costume como parâmetro, mas a lei divina, que seria a fonte legítima do costume. Fundado na lei retíssima de Deus onipotente, o costume se formaria de acordo com os países e tempos. Essa lei seria universal e imutável, não obstante a variação de latitudes e épocas.⁴ O texto agostiniano sugere uma contradição, pois ao mesmo tempo em que preconiza a mutabilidade do costume em razão do tempo e lugar, retrata a lei-fonte como imutável. Na realidade a contradição estaria apenas na aparência, pois a lei divina, consubstanciando-se em princípio, pode oferecer um leque de modelos que se diversificam de acordo com a policromia social.

As reflexões sobre o Direito e o Estado acham-se fundamentalmente na obra **De Civitate Dei** onde Agostinho revela que a sociedade humana, antes do pecado original, passara por uma fase de esplendor com o pleno acatamento do Direito Natural, quando todos os homens eram iguais, puros, imortais e viviam como irmãos. Era a Cidade de Deus. Com a queda do homem surgiu a Cidade Terrena e com ela a miséria, a morte, a paixão. Em decorrência da nova condição humana, em um processo de adaptação foram criados o Estado, o Direito e suas instituições. O papel do Estado seria o de prover a paz. Agostinho subordinava o Estado à Igreja e pensava que a lei terrena fosse condicionada pela *lex aeterna*, e quando houvesse conflito entre ambas seria forçoso que esta prevalecesse, porque hierarquicamente superior. A Cidade de Deus, que já existia parcialmente na terra, um dia substituiria inteiramente a Cidade Terrena, com o retorno dos homens àquela idade áurea primitiva.

Na doutrina de Santo Agostinho, Deus seria o princípio de todas as coisas. O Direito Positivo se fundamentaria, em último grau, na lei eterna, que é a lei de Deus. A exemplo de Ulpiano e de Cícero, concebeu a justiça como virtude: “*Justitia et virtus est quae sua cuique distribuit.*”⁵ Ao analisar a definição de Cípião sobre a república, Agostinho entrelaça aquela exposição com suas ideias, referindo-se à justiça como elemento essencial ao Direito “Onde não há verdadeira justiça não pode existir verdadeiro Direito.” Criticando a opinião daqueles que afirmam ser Direito o que é útil ao mais forte, concluiu declarando que não pode haver povo sem justiça, e como a república é a *coisa do povo*, “segue-se que onde não há justiça não há república”.⁶

Em seu estudo sobre as leis, o filósofo buscou inspiração em fontes estoicas e ainda em São Paulo. *Alex aeterna*, todavia, foi concebida diferentemente dos estoicos. Enquanto para estes ela seria a própria ordem do universo, para Agostinho consistia na determinação divina para a conservação da ordem natural e o consequente impedimento de sua violação: “*Ratio vel voluntas Dei, ordinem naturalem servari iubens, et perturbari vetans.*”⁷ A prescrição emanava-se da razão ou vontade divina sem qualquer embaraço, porque razão e vontade seriam homogêneas, de vez que tudo em Deus seria perfeição. A lei eterna seria universal e imutável, além de inacessível diretamente ao conhecimento humano, exceto por intermédio da lei natural, que seria o seu reflexo. A *lei natural*, a exemplo do pensamento pauliano, estaria inscrita no coração dos homens. A consciência humana apenas revelaria as regras impressas nos corações. A *lei humana* ou *terrena* seria a própria lei eterna adaptada pelo legislador à realidade concreta. Ela seria uma tarefa da lei eterna por intermédio da lei natural. A causa final da lei humana seria a *ordem*, definida como “a disposição de coisas iguais e desiguais, dando-se a cada uma o lugar que lhe corresponde”.⁸

81. SANTO ISIDORO DE SEVILHA

Em sua obra **Etimologias**, de caráter enciclopédico, Santo Isidoro (570-636), considerado o último nome de relevo da Patrística, projetou a sua vasta cultura abordando as diversas áreas do saber, no período de transição para a Escolástica. A obra recebeu o subtítulo de Origens, devido ao fato de que Isidoro, preliminarmente ao estudo de cada tema, examinava o sentido inicial das palavras. A sua época não foi propícia ao desenvolvimento das ciências, em face da queda do império romano do Ocidente. Com a divisão política do território romano, o intercâmbio cultural foi prejudicado, registrando-se, ainda, o desaparecimento de obras importantes de filósofos gregos e cristãos. Foram os mosteiros, por suas bibliotecas, que salvaram a produção cultural do passado e, em seu recesso, importantes obras de recompilação do pensamento antigo foram elaboradas, destacando-se as de Boécio, Casiodoro e, principalmente, as de Santo Isidoro, Bispo de Sevilha.

Os estudos jurídicos de *Etimologias*, segundo Luño Peña, influenciaram obras de Direito, inclusive o Decreto

de Graciano e, por seu conteúdo romanista, contribuíram para a recepção do Direito Romano na Idade Média espanhola.⁹ O talento e aguda percepção do fenômeno jurídico se patenteiam no texto em que aponta os predicados da lei: “A lei há de ser honesta, justa, possível, adequada à natureza e aos costumes, conveniente no tempo, necessária, proveitosa e clara, sem obscuridade que provoque dúvida e estatuída para utilidade comum dos cidadãos e não para benefício particular.”¹⁰ Esse elenco de qualidades revela aspectos éticos, sociológicos e filosóficos indissociáveis da lei. Também não escapou ao filósofo a dimensão técnica dos comandos jurídicos, ao referir-se à clareza e ausência de obscuridade no texto legal. Não obstante a afinidade de Santo Tomás com o pensamento isidoriano, criticou a sua definição de lei por multiplicar, superfluamente, as suas condições, quando antes atribuíra apenas estas: “Lei será tudo o que estiver de acordo com a razão; que, ao menos, concorde com a religião, convenha à disciplina, aproveite à salvação.”¹¹ Guido Fassò censurou, também, a definição, reputando as determinações como “imprecisas e ecléticas, heterogêneas e carentes de originalidade e importância”.¹² Contravenha ao sistema filosófico de Isidoro de Sevilha ou careça de originalidade, o certo é que a definição não apenas enumera as qualidades da lei, como sintetiza verdades eternas do Direito.

Relativamente ao Direito, considerado como a harmonia na sociedade, distinguiu seis classes: *Direito Público*, o aplicável aos magistrados e sacerdotes; *Direito Quiritário*, próprio dos cidadãos romanos; *Direito Natural*, comum a todas as nações, justo, fundado no instinto humano e inerente à razão dos homens; *Direito Civil* ou *Positivo*, o particular de cada povo e destinado à regência interna e que considera Deus e os homens; *Direito das Gentes*, caracteriza-se por reunir normas sobre a guerra, paz, diplomacia, entre outras espécies.

82. O PENSAMENTO JURÍDICO DE SANTO TOMÁS DE AQUINO

Foi com a doutrina de Santo Tomás de Aquino (1225-1274) que a escolástica conciliou a filosofia aristotélica com os dogmas religiosos. A época em que o Doutor Angélico viveu e elaborou a sua prodigiosa obra foi marcada por novas inclinações no pensamento filosófico, com a doutrina agostiniana perdendo o seu poder de influência para a de Aristóteles. De grande significado para a transição foi a atividade intelectual de Alberto Magno (1193-1280), filósofo e teólogo alemão, mestre de Tomás de Aquino, em Paris, e dotado de cultura enciclopédica que lhe valeu o título de “*Doctor Universalis*”. Estudioso e admirador de Aristóteles, promoveu o que se chamou de recepção aristotélica, induzindo a escolástica para o retorno ao notável filósofo grego. O caminho para Tomás de Aquino estava aberto.

Com um forte poder de síntese o Doutor Angélico escreveu sobre as mais diversificadas questões teológicas e filosóficas, onde se acham expostas também as suas reflexões sobre Direito e Política. A doutrina básica encontra-se na monumental obra **Summa Theologica**, que, dividida em três partes, reúne 631 questões desenvolvidas em 2.652 artigos. No âmbito da Teologia estabeleceu a harmonia entre a razão e a fé, negando validade à teoria da *dupla verdade*, pois não era possível que algo fosse verdadeiro na Teologia e falso na Filosofia, ou verdadeiro nesta e falso naquela. Enquanto na Filosofia o conhecimento advém da razão, na Teologia provém da fé e da revelação. A Filosofia deveria subordinar-se à revelação, que é critério de verdade.

Sob a influência de Agostinho, distinguiu quatro espécies de lei: a eterna, a natural, a divina e a humana. A *lex aeterna* era a própria razão divina no governo do universo, e como Deus nada concebia temporariamente, a lei seria eterna, daí o seu nome. Como toda lei era um ordenamento que colimava um fim, este, na lei eterna, seria o próprio Deus. Citando Agostinho, para quem “as coisas de Deus ninguém as conhece senão o Espírito de Deus”, declarou que alguns homens, os bem-aventurados, teriam o poder de ver Deus em essência, conhecendo, assim, a lei eterna.

Da mesma forma que se conhece o sol pela irradiação, sem se conhecê-lo pela substância, assim também toda criatura racional conhece alguma irradiação da *lex aeterna*. Examinando a questão se toda lei deriva da eterna, após citar Agostinho, que respondera negativamente a indagação sob o fundamento de que a lei escrita permite conduta proibida pela Providência, revelou ser indispensável que todas as leis humanas derivem da eterna. A lei humana, todavia, teria natureza de lei apenas quando se conformasse à reta razão e, quando se afastasse, lei não seria, mas violência.

A lei natural, na filosofia tomista, é a participação da criatura racional na lei eterna. É um reflexo parcial da razão divina, que permite aos homens conhecer princípios da lei eterna. O preceito básico do Direito Natural é o que manda observar o bem e evitar a prática do mal. Ao bem corresponderiam as inclinações naturais da criatura humana. Estariam de acordo com a lei natural: a) a conservação da vida; b) a união dos seres para a formação da prole; c) a busca da verdade; d) a participação na vida social. O Direito Natural se manifestaria por preceitos fundamentais, que seriam imutáveis, e por secundários que, derivando dos fundamentais, são passíveis de alteração. De dois modos se pode apurar se algo é de Direito Natural: a) se corresponder a uma inclinação humana; b) se o contrário não for estabelecido pela natureza. Por esta segunda hipótese, disse o Aquinense, andar nu seria um direito natural “por não ter a natureza dado o vestuário”, e direito natural seria também a “propriedade comum de todas as coisas e a liberdade uma para todos”.¹³

A *lex divina*, reunião de preceitos oriundos de Deus e orientadores da conduta terrena, constante nas Sagradas Escrituras, Velho e Novo Testamento, seria a complementação aos preceitos gerais e abstratos da lei natural.

A *lex humana* foi definida como “ordenamento da razão visando o bem comum, promulgado pelo chefe da comunidade”. Embora tenha indicado genericamente o *bem comum* como a causa final, em outra passagem de sua obra específica a *paz dos homens* como o fim da lei humana. Para que se obtenha a disciplina no meio social, pensava o filósofo, é imperioso que se estabeleça um mecanismo que coíba o mal pela força e pelo medo. A lei não seria necessária para os jovens inclinados para a virtude por dom divino, pois lhes bastava a disciplina paterna, mas seria para aqueles que possuem tendência para os vícios. Em relação aos primeiros a advertência paterna seria suficiente, para os demais seria indispensável a coação.

Analisando a conveniência de a lei ser abrangente e tudo regular, impedindo o arbítrio dos juízes, concordou com a proposição sob tríplice fundamento: a) porque seria mais simples localizar poucos homens importantes que fizessem leis sábias do que encontrar muitos homens que julgassem sabiamente; b) o fato de o legislador refletir sobre muitas hipóteses favoreceria mais o acerto no critério do que a situação do magistrado, que apenas examina um caso; c) a condição do legislador seria a de imparcialidade, pois estabelece normas para o futuro, enquanto os juízes decidem sobre fatos concretos e muitas vezes movidos por paixão.

Para Tomás de Aquino somente seria lei o preceito substancialmente justo e justo seria sempre que acorde com a razão. Como esta se apoia na natureza, toda lei criada pelos homens teria natureza de lei se em consonância com a lei natural. Em resumo, a lei seria justa se não contrariasse a natureza. As leis injustas, que não seriam leis, mas uma corrupção, não se impunham no plano da consciência e deveriam ser cumpridas apenas em situação excepcional, como nas hipóteses de escândalo ou perturbação. Todavia, as leis que contrariam a lei divina não devem ser observadas, porque “importa obedecer antes a Deus do que aos homens”.

Foi pequena a contribuição de Tomás de Aquino à teoria da justiça, pois acompanhou quase integralmente a doutrina aristotélica, não superada até hoje. A sua definição de justiça é um decalque à de Ulpiano, com breve correção: “Hábito pelo qual, com perpétua e constante vontade, se dá a cada um o que é seu.” O Estagirita havia

classificado a justiça em distributiva e corretiva, subdividida esta em comutativa e judicial. O Aquinense suprimiu esta última e desconsiderou a corretiva, porquanto não apresentaria mais do que uma espécie. Acrescentou à classificação, como seu principal subsídio à teoria, a denominada justiça geral ou legal. A distributiva – *est ordo totius ad partes* – presidiria a repartição, pela coletividade, de honras e encargos aos indivíduos, observando-se o critério de proporcionalidade em função, respectivamente, da virtude e da capacidade. A comutativa – *est ordo partis ad partem* – seria a justiça entre os particulares que, envolvendo os indivíduos, implicava a igualdade estrita entre o quinhão entregue e o recebido. A geral – *est ordo partium ad totum* – se consubstanciaria na participação dos indivíduos na obra do bem comum. Denominava-se também *legal* por se expressar em lei. Como propriedades essenciais da justiça, Santo Tomás indicou a *alteridade* e o *dever*. A presença *do outro* estaria implícita no valor do justo, que pressupõe sempre uma relação de pessoas, isto é, alteridade. Aristóteles já distinguira essa propriedade, ao afirmar sobre o ato de justiça que “duas são as pessoas para quem ele é de fato justo...”¹⁴ Na fórmula da justiça, como nota essencial, assinalou também a exigência de um dever, pois ser justo é prestar o *devido* a alguém.

83. O VOLUNTARISMO DE JOHN DUNS ESCOTO E GUILHERME DE OCKHAM

Após Santo Tomás de Aquino e antes do longo recesso por que passou a Filosofia durante os séculos XIV e XV, surgiram as obras dos franciscanos Duns Escoto e Guilherme de Ockham, marcadas pelo nominalismo e concepção voluntarista e que assinalam a transição entre uma fase áurea e uma de estagnação do pensamento filosófico.¹⁵

Influenciado pelas doutrinas de Santo Agostinho e de Santo Anselmo, John Duns Escoto (1270-1308), filósofo e teólogo escocês, considerado gênio precoce da Filosofia, fundou a nova Escola Franciscana e assumiu a postura antitomista da antiga Escola, representada por Guilherme de Mare e John Peckham. Santo Agostinho concebera a *lex aeterna* fundada tanto na *voluntas Dei* quanto na *ratio*, enquanto o Doutor Angélico, a exemplo de Alberto Magno, a situou como emanção da razão divina ou humana. Duns Escoto sustentou a tese voluntarista, indicando a vontade divina como a primeira causa, não fundada em qualquer outra, nem na razão. A condição para que uma lei fosse reta ou legítima seria a sua concordância com a vontade do Criador.

Enquanto Tomás de Aquino aprovava os preceitos do Decálogo por considerá-los bons em si mesmo e não necessariamente por sua fonte, Duns Escoto, realçando a importância da vontade divina, afirmara que esta não era obrigada a seguir aqueles preceitos, pois seriam verdades apenas devido à vontade divina. Esta poderia tanto dispensar o cumprimento do Decálogo como modificá-lo. A vontade divina, porém, não seria arbitrária, pois teria por limite o princípio da não contradição. Escoto reconheceu como Direito Natural os dois primeiros mandamentos do Decálogo. Relativamente ao problema dos universais, em que se discutia se as ideias gerais, como verdade, justiça, humanidade, correspondiam a objetos do mundo exterior e seriam coisas em si mesmo, Duns Escoto se alinhou entre os nominalistas, que negavam realidade aos universais, considerando-os apenas *nomina*. Somente o individual possuiria substancialidade e o singular não poderia ser deduzido do geral.

Discípulo de Duns Escoto, o filósofo e teólogo inglês, Guilherme de Ockham (aprox. 1290-1350), impregnou de radicalismo alguns pontos da doutrina de seu mestre. Pensava que os assuntos teológicos se situavam apenas no plano da fé, de vez que as suas proposições não podiam ser provadas. Assim, a existência de Deus ou a imortalidade da alma não seriam objetos de análise científica. Essa ideia se achava ligada à sua teoria do conhecimento, pois adotou a linha empirista, entendendo que o verdadeiro saber só poderia ser alcançado mediante a experiência. Ainda no plano epistemológico defendeu o nominalismo, afirmando que nenhum universal é coisa exterior ou substância

extramental.¹⁶ Em seu exacerbado voluntarismo concebeu a moralidade como obediência à vontade divina, pensando que moral seria o ato em concordância com o mandamento de Deus e imoral o que o contrariava. O Direito Natural estaria contido, explícita ou implicitamente, nas Sagradas Escrituras. Ele não distinguiu o Direito Natural da lei divina, afirmando que todo Direito, enquanto procede de Deus, pode ser chamado por Direito divino. A lei positiva também estaria sujeita às Sagradas Escrituras e quando contrariasse a lei divina não seria lei, não devendo ser seguida.

-
- 1 MCNALL BURNS, Edward. **História da Civilização Ocidental**. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1967, t. 1, 259.
 - 2 Op. cit., t. 1, p. 125.
 - 3 Em seu propósito de desvincular o Direito Natural de Deus, Hugo Grócio chegou a afirmar que aquele Direito existiria mesmo que Deus não existisse ou, existindo, não cuidasse dos interesses humanos.
 - 4 As Confissões. **Livro Terceiro**, cap. VII.
 - 5 **A Cidade de Deus**, livro XIX, cap. XXI.
 - 6 *Idem, ibidem*.
 - 7 **Contra Faustum**, livro XXII, cap. XXVII.
 - 8 Op. cit.
 - 9 **Historia de la Filosofía del Derecho**. Barcelona: Editorial La Hormiga de Oro S. A., 1948, t. 1, p. 19
 - 10 **Etimologias**, livro V, cap. XXI.
 - 11 **Suma Teológica**, questão XCV, artigo III.
 - 12 Op. cit., t. 1, p. 147.
 - 13 **Suma Teológica**, questão XCIV, artigo VI.
 - 14 **Ética a Nicômaco**, livro V, cap. III.
 - 15 Sobre as causas da decadência, ver PEÑA, Luño. Op. cit., t. 1, p. 297.
 - 16 **Totius logicae**, livro I, cap. 15.

Capítulo 14

A FILOSOFIA DO DIREITO NA IDADE MODERNA

Sumário: **84.** O Renascimento. **85.** A Escola Clássica do Direito Natural. **86.** O Direito Racional de Kant. **87.** O idealismo alemão e a Filosofia de Hegel. **88.** A Escola Histórica do Direito.

84. O RENASCIMENTO

No período histórico que se inicia com a descoberta do caminho marítimo para a Índia, em 1498, e se estende ao desenvolvimento da Revolução Francesa, em 1789 – Idade Moderna –, destacam-se, na História da Filosofia do Direito, as doutrinas da Escola Clássica do Direito Natural e o Idealismo Alemão de Kant e Hegel. Entre a época medieval e a moderna surgiu a *Renascença*, fato histórico que se caracterizou, de um lado, pela necessidade de revisão do pensamento vigente, e, de outro, pelo interesse no estudo da antiga cultura grega e romana. Importantes acontecimentos provocaram a inquietação nos homens. O mundo já não era o mesmo. Nicolau Copérnico havia demonstrado que a Terra não era o centro do Universo, conforme proclamava o sistema ptolomaico. No âmbito do pensamento religioso, Martinho Lutero deflagrara a Reforma. Com a queda do Império Romano no Oriente intelectuais gregos emigraram para o Ocidente e se concentraram principalmente na Itália, dedicando-se ao ensino de sua língua natal e à tradução, para o latim, dos autores clássicos da Hélade. A invenção da imprensa favoreceu a difusão do velho-novo pensamento. Como as ideias medievais já não satisfaziam, os espíritos cultos abandonaram o dogmatismo em prol de uma visão crítica da realidade. Partiram em busca de outros modelos que se harmonizassem com as exigências da época. As concepções gregas e latinas da Antiguidade forneceram-lhes subsídios valiosos. Os intelectuais que se entregaram a essa tarefa são chamados por *humanistas*. Entre estes se destacaram Dante Alighieri, Petrarca, Boccaccio.

O vigoroso movimento intelectual atingiu não somente o setor das artes em geral, mas alcançou ainda o domínio das ideias políticas, filosóficas e jurídicas, especialmente com Nicolau Maquiavel, Bodin e Hugo Grócio. Durante a Idade Média o Direito foi concebido como ordem fundada em uma lei natural vinculada a Deus, enquanto o Estado, por sua dependência ao Direito, também se apoiava naquele princípio transcendental. Com os novos tempos inverteu-se a ordem de subordinação. A partir da concepção ideológica do Estado, fundado este na razão, cogitou-se da ordem jurídica lastreada na ideia de um Direito Natural baseado no homem e não de origem divina.

84.1. Maquiavel. O secretário da República de Florença, Niccolò Machiavelli (1469-1527), com sua obra máxima, *Il Príncipe*, foi personagem destacada e polêmica no período da Renascença. Diversamente do intelectual da Idade Média, que se revelou um *homo theoreticus*, o filósofo e político se apresenta na história como homem de ação e preocupado com o momento histórico de sua pátria. Guiado por seu afã de ver restaurada a unidade do Estado italiano, indicou ao governante, em seu livro fundamental, as fórmulas para se perpetuar no trono, independentemente da observância das regras éticas. Expôs a sua teoria dentro da filosofia de que *os fins justificam os meios*. Todas as manobras seriam válidas, honestas ou não, lícitas ou ilícitas, desde que objetivassem a permanência no poder. Daí advir o termo *maquiavelismo*, que indica *astúcia, conduta pérfida*.

Embora queiram alguns intérpretes da história atenuar a crítica negativa que pesa sobre o pensador, sob o

argumento de que a doutrina foi elaborada em função da época e na busca da unidade de sua pátria, o fato é que Maquiavel professou uma teoria utilitária e absolutamente alheia aos valores morais, distanciando-se dos padrões medievais, que subordinavam as construções políticas ao primado da Ética e ao reconhecimento de uma ideia universal de Direito. Ao afastar a *arte da administração pública* da Moral, a doutrina de Maquiavel não comportava a ideia do Direito Natural, que é sede de valores morais e das sementes do justo. O engajamento de Maquiavel ao espírito renascentista se deu mais por uma ruptura com a tradicional cultura medieval do que por vinculação às ideias greco-romanas do passado, pois é sabido que não se inspirou naquelas fontes.

84.2. Bodin. Ao desenvolver as suas concepções sobre o Estado, Jean Bodin (1530-1596) esteve com a sua atenção voltada para a atualidade da França, sua pátria, que passava por uma crise de poder, decorrente de divisões religiosas. Diferentemente de Maquiavel, que preconizou o fortalecimento do poder pela ação política de um déspota, Bodin ou Bodino, que estudara leis em Tolouse, baseou-se no Direito. Mais político do que filósofo, o escritor francês concentrou seus estudos sobre o Estado e adotou método racional, evitando o dogmatismo imperante na época medieval. Tanto quanto o florentino, entregava-se à análise dos fatos, buscando resultados mais imediatos. Em sua obra **De la République**, escrita em seis volumes, destacam-se as reflexões sobre a soberania, concebida esta como “*la puissance absolue et perpétuelle d’une République*”.¹ O caráter absoluto da soberania seria uma decorrência do fato de que o soberano teria apenas direitos, uma vez que se submeteria exclusivamente às leis divinas e naturais. Bodin atribuiu um poder indivisível à soberania, rebelando-se contra o fracionamento feudal. Em suas considerações sobre o Direito chamou a atenção para a necessidade de se adaptarem as leis às condições naturais do meio ambiente, com ênfase à influência do clima sobre as instituições jurídicas, ponto em que se antecipou a Montesquieu que, mais tarde, em **De l’Esprit des Lois** (1748), desenvolveu amplamente sobre a matéria.

84.3. Hugo Grócio. O humanista e jurisconsulto holandês, Hugo Grócio (1583-1645), autor de **De Jure Belli et Pacis** (1625), alcançou projeção por seu pensamento jusnaturalista e estudos sobre o Direito das Gentes. Durante largo período histórico foi cognominado *o pai do Direito Natural* e do *Direito Internacional*, hoje, entretanto, conforme observa Hans Welzel, é considerado “não mais que um epígono da Escolástica e especialmente da Escolástica espanhola”.² Relativamente à sua doutrina internacionalista, Del Vecchio ressalta que o escritor se abeberou na obra de Albérico Gentili, embora pouco a citando.³ Inegável, porém, a sua contribuição àquele ramo do Direito e à reflexão jusnaturalista. Diferentemente de outros juristas da época, não se limitou à abordagem de temas particulares do Direito Internacional, pois, com fundamento em princípios filosóficos, organizou obra sistemática. Embora lhe negando originalidade, Felice Battaglia indicou, como principal mérito do estudioso holandês, a sistematização orgânica que procedeu, pela primeira vez, de matéria ampla e nova.⁴

Enquanto na Idade Média o Direito ficou subordinado à Teologia, com Hugo Grócio o fenômeno jurídico obteve outra visão. Apoiado em princípios racionais, o Direito não seria uma revelação divina, mas “conjunto de normas ditadas pela razão e sugeridas pelo *appetitus societatis*”. De modo veemente declarou que o Direito Natural independia da vontade divina: “O Direito Natural existiria mesmo que Deus não existisse, ou ainda que Deus não cuidasse das coisas humanas.” O Direito Natural seria acessível ao conhecimento mediante dois caminhos: com o método *a priori*, ao verificar-se que a máxima se encontra de acordo com a natureza racional ou social; pelo *a posteriori*, com a constatação de que os povos civilizados adotam idêntico critério ou solução de justiça. A natureza humana, por sua dimensão social, seria o fundamento do Direito Natural. Foi a partir desta visão racionalista que se

originou a chamada Escola Clássica do Direito Natural, da qual Hugo Grócio foi o seu primeiro corifeu e que se estendeu até o século XVIII, quando atingiu o apogeu com a filosofia de Rousseau.

Considerando que o Direito visa a garantir as condições de sociabilidade, Hugo Grócio esposou a ideia de que o Estado se origina do contrato social, mas em sua compreensão o pacto primitivo não seria simplesmente presumido, porém fato histórico. Defendeu o princípio da inviolabilidade dos contratos – *pacta sunt servanda* –, sem o qual a sociedade não subsistiria, pois só cumprindo os acordos se poderia determinar a ordem jurídica e elaborar o conjunto dos direitos civis.

85. A ESCOLA CLÁSSICA DO DIREITO NATURAL

A ideia em torno do Direito Natural já havia sido concebida na Antiguidade e difundida no período medieval, mas foi no limiar da Idade Moderna, a partir de Hugo Grócio, que ocorreu uma importante evolução na matéria. O *Jus Naturae* já não seria identificado com a natureza cósmica, como fizeram os filósofos estoicos e a *Jurisprudencia* romana, nem imaginado como produto da vontade divina. A valorização da pessoa, que se registrou com a Renascença, atingiu o âmbito da Filosofia Jurídica, quando então o Direito Natural passou a ser reconhecido como emanção da natureza humana. A doutrina da Escola consubstanciou-se em quatro pontos fundamentais: 1º) o reconhecimento de que a natureza humana seria fonte do Direito Natural; 2º) a admissão da existência, em épocas remotas, do estado de natureza; 3º) o contrato social como origem da sociedade; 4º) a existência de direitos naturais inatos.⁵

A Escola Clássica promoveu a laicização do Direito Natural, ao indicar a natureza humana como a sua fonte e apontar a razão como via cognoscitiva. Cometeu, porém, alguns excessos, notadamente ao pretender a criação de verdadeiros códigos de Direito Natural, onde se alcançavam pormenores de regulamentação da vida social, em vez de limitar-se à análise dos princípios norteadores desse Direito. Para a Escola Clássica, o Direito Natural seria eterno, imutável e universal, não somente por seus princípios, mas ainda em sua aplicação. Além de Hugo Grócio, destacaram-se, na Escola, os filósofos Hobbes, Spinoza, Locke, Pufendorf, Tomásio, Rousseau.

85.1. Thomas Hobbes. Enquanto Hugo Grócio tomava a sociabilidade como característica da natureza humana, Thomas Hobbes (1588-1679) negava ao homem a condição de animal social. Em sua doutrina política e antropológica, fundamentalmente exposta em *Leviatã* (1651), o filósofo inglês partiu da crença no chamado *status naturae*, durante o qual os homens teriam vivido em constante medo diante das ameaças de guerra. Nessa fase que antecedeu à formação da sociedade não haveria limites à ação humana. O abandono da vida primitiva em favor do *status societatis* se fizera por conveniência, pelo interesse em se obter garantia e tutela.

Hobbes retratou o homem como ser naturalmente egoísta e agressivo, devotado apenas aos seus interesses e insensível à sorte de seus semelhantes. A criação do Estado teria reprimido a sua tendência de ser *o lobo do próprio homem* (*homo homini lupus*) e evitado a guerra total (*bellum omnium contra omnes*).

A fim de superar as adversidades do estado de natureza, os homens teriam celebrado o contrato social e, em consequência, constituído a sociedade, o Estado e o Direito. Teriam renunciado ao seu primitivo “*jus omnium in omnia*”, para alcançarem a paz, a liberdade e o verdadeiro Direito. Para que esses alvos fossem atingidos, pensava Hobbes que o Estado – *Leviatã* ou Deus Mortal – deveria ser suficientemente forte. A sua doutrina política é de um refinado absolutismo. O Estado, ente poderoso que era, se relacionaria com os particulares somente como titular de direitos. O pacto social seria firmado “apenas entre cada um e cada um, e não entre o soberano e cada um dos

outros”, pois evidente “que quem é instituído soberano não faz qualquer pacto com seus súditos, porque teria de celebrá-lo com toda a multidão, na qualidade de parte do pacto, ou de celebrar diversos pactos, um com cada um deles”.⁶ A celebração do pacto implicaria o acatamento, pelos súditos, de todos os atos do soberano, que não poderia ser deposto, porquanto representante de cada homem. Se alguém fosse morto na tentativa de golpe seria considerado “o autor de seu próprio castigo, dado que por instituição é autor de tudo quanto seu soberano fizer”.⁷ Todo súdito, enfim, seria autor de todos os atos e decisões do soberano, não podendo, assim, insurgir-se contra as iniciativas deste. Hobbes abre exceção, todavia, ao direito de autoconservação, pelo qual não pode o soberano impor a autoeliminação, circunstância na qual o súdito poderá resistir.

O filósofo inglês distinguiu a *lei civil* da *lei de natureza*. A primeira, emanada do Estado, não pode ser contrária à razão, entendida esta como a luz que levou o soberano a elaborar a lei. Assim aplicada pelo juiz, a sentença será do próprio legislador; diversamente aplicada, a sentença será da lavra do magistrado e injusta.⁸ As leis da natureza “consistem na equidade, na justiça, na gratidão e outras virtudes morais destas dependentes, na condição de simples natureza, não são propriamente leis, mas qualidades que predispõem os homens para a paz e a obediência”.⁹ As leis de natureza não seriam leis propriamente, salvo quando encampadas pelo Estado, pois, para serem obrigatórias, indispensável é que venham em ordenações do poder e acompanhadas de sanção. Edgar Bodenheimer admite que Hobbes tenha sido precursor do positivismo moderno.¹⁰

85.2. Spinoza. A filosofia do Direito de Baruch Spinoza (1632-1677), embora não ofereça subsídios à compreensão do fenômeno jurídico, é significativa por sua originalidade e em razão de ser uma das dimensões do pensamento do importante filósofo holandês. Nessa área, seus estudos se encontram em duas obras: **Tractatus Theologico-Politicus** e **Ethica**. Na base geral de suas ideias existe a crença de que todas as coisas se reduzem a uma única substância – *Deus sive natura*. Deus seria a essência de todas as coisas e a sua causa eficiente.¹¹ Em sua doutrina panteísta, concebe que nada há de imperfeito no mundo e que a aparência de imperfeição se desaparece quando se considera a ordem da natureza.

Relativamente às ideias políticas, admitiu a prévia existência do estado de natureza, o qual teria cessado com a celebração do pacto social. O Estado teria sido criado para estabelecer limites à força individual. A ação repressora, todavia, não podia alcançar o plano da consciência, pois este seria incoercível. Pensava que os cidadãos dispunham da faculdade de abandonar o pacto na medida em que isto lhes fosse conveniente. Não reconheceu, para o soberano, qualquer limite senão o seu próprio poder. A filosofia política de Spinoza é um hino de respeito e preservação da autoridade do soberano. Somente este teria o direito de estabelecer juízo sobre atos das pessoas, quer por si ou por seus mandatários. Somente o poder público, concentrado na pessoa do soberano, pode determinar o que é justo ou injusto¹² e também interpretar as leis. Ao mesmo tempo em que preconiza a reunião de poderes na pessoa do soberano, proclama que o melhor governo é aquele em que os homens vivem em concórdia e as leis são cumpridas. Apontou a concórdia como o fim do Estado, o qual requeria uma população livre. Recorrendo à experiência, pensava que o poder sendo entregue a uma só pessoa atendia aos interesses da paz e da concórdia. Seria ilusória a crença, todavia, que apenas uma única pessoa poderia governar, pois o soberano conferia poderes a conselheiros ou amigos, “de tal maneira que o Estado que nós cremos ser monárquico absolutamente é na realidade aristocrático”.¹³

O filósofo atribuiu expressiva importância às leis, ao considerá-las “a alma do Estado”.¹⁴ Os Estados, para se

perpetuarem, dependiam de leis invioladas e estas, necessariamente, deveriam se fundar na razão e concordar “com as tendências dos homens”. Para o filósofo holandês, o Direito Natural se identificava com a força ou potência da pessoa e se limitava apenas diante da potência do semelhante. Tal compreensão é evidentemente falha, pois, variando a potência ou força de pessoa para pessoa, o Direito Natural de cada qual seria também relativo, o que viria a contrastar com uma característica essencial do Direito, que é o princípio da igualdade.

85.3. Locke. A filosofia do inglês John Locke (1632-1704) foi inspirada, em parte, nos fatos históricos de sua época, pois viveu em pleno século XVII, quando se registrou a Revolução Inglesa (1688). De formação liberal, contrapôs suas ideias ao absolutismo, divulgado nas obras de Hobbes. Como adepto da Escola Clássica do Direito Natural, sustentou as teses do estado de natureza e do contrato social. Enquanto Hobbes se utilizava daquelas premissas para fundar o poder absoluto do soberano, Locke nelas se apoiou para justificar os limites jurídicos à ação do príncipe. Uma vez concebera o contrato social como fato histórico, descreveu-o de forma racional. O pacto não fora resultado de alguma coação, nem decorrência de receio dos homens diante de perigos, mas fórmula racionalmente empregada para alcançar determinados fins, como a garantia aos direitos individuais. Os governantes deveriam pautar seus atos políticos em função dos fins pretendidos pela vontade popular. A formação da sociedade era uma decorrência da desonestidade que predominava entre os homens. A fim de “proteger suas posses, riqueza e propriedade, como ainda sua liberdade e vigor corporal (...) os homens são obrigados a entrar em sociedade uns com os outros...”¹⁵

Relativamente ao Direito, expôs a ideia de que no estado de natureza, que já seria social, visto que os homens são sociáveis por natureza, havia alguns direitos, como à liberdade, ao trabalho, à propriedade, faltando, apenas, autoridade que garantisse a efetividade. Para que o fato social fosse estabelecido em lei deveria, necessariamente, ser útil à comunidade. Os fatos não se submetiam, ao mesmo tempo, ao Direito e à Igreja, pois “distanciam-se da jurisdição do magistrado quando são compreendidos pela Igreja...”. Verificamos, todavia, que isto não se confirma na experiência, pois numerosas relações humanas são objetos de disciplina legal e tema de reflexão da Igreja. Sustentou que a tarefa de elaboração de leis não poderia ser transferida pelo legislativo, pois esse poder se investia na função por delegação do povo.¹⁶ Enquanto em suas primeiras obras a ideia do Direito Natural se manifestava como determinação da vontade divina que a razão apenas interpretava, em idade madura Locke identificou aquele Direito com a razão.

Na esfera da Filosofia, foi notável a sua contribuição, especialmente à *teoria do conhecimento*, mediante a sua teoria empirista. Pensava que o conhecimento se formava pelas sensações e reflexões, daí haver declarado que “nada havia no intelecto que antes não tivesse passado pelos sentidos” (*Nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu*).

85.4. Pufendorf. Um papel de grande importância foi desempenhado por Samuel von Pufendorf (1632-1694) filósofo alemão, na propagação do pensamento jusnaturalista. Além de prelecionar na Universidade de Heidelberg onde estreou a cátedra de Direito Natural e das Gentes, depois Filosofia do Direito, foi destacado escritor, expondo em seus livros a doutrina da Escola Clássica do Direito Natural mediante apresentação sistemática. Não primou pela originalidade de ideias, mas pela notável divulgação das concepções de sua época. As ideias expostas, que alcançaram grande repercussão, penetraram nos Estados Unidos por intermédio de John Wise, indo influenciar na declaração dos direitos naquele país. Professou verdadeiro ecletismo filosófico. De um lado acompanhou a tese do *appetitus societatis* de Hugo Grócio, ao admitir o princípio da sociabilidade humana. De outro, concordou com

Thomas Hobbes, ao dizer que foi o medo e a insegurança dos homens que os induziram à formação da sociedade. O fim do Estado, declarou, era promover a *pax et securitas communis*.

Pufendorf negou que o Direito Natural se fundasse na religião, pois enquanto esta variava entre os povos aquele era universal por natureza. Em sua opinião a fonte do *iuris naturae* se localizava na razão. Mais lucidamente do que Hugo Grócio, diz Guido Fassò, o filósofo alemão separou o Direito Natural da Teologia, pois aquele Direito “regula as ações e relações entre os homens não enquanto cristãos, senão enquanto homens”.¹⁷ Para o autor de **De Iure Naturae et Gentium** (1672), sua principal obra, o Direito Natural poderia ser organizado sistematicamente com o mesmo rigor da Física, enquanto o método matemático poderia ser aplicado no âmbito da Moral e do Direito. Pufendorf distinguiu direitos inatos de direitos adquiridos. Os primeiros antecederiam o ingresso dos homens na sociedade, enquanto os segundos se manifestavam durante a vida social. Distinguiu também o Direito Natural do Direito Positivo. Aquele não apenas antecedia ao Estado, como ainda subordinava a ordem positiva, traçando-lhe diretrizes.

85.5. Tomásio. Considerado por muitos como o fundador da moderna ciência do Direito, Cristiano Tomásio (1665-1728) teve o mérito de distinguir os campos do Direito, Moral e Decoro, estudados, respectivamente, pela Jurisprudência, Ética e Política. Cada qual indicaria critério de agir próprio, mas que convergiam no objetivo de atender à vida social. Enquanto o Direito se fundaria no princípio do *justum*, a Moral, no *honestum* e a Política, no *decorum*. A máxima do *honestum* seria “*Quod vis ut alii sibi fariant, tute tibi facies*” (Faça a ti o que quiseses que os demais façam a si mesmos); o princípio fundamental do *decorum* seria “*Quod vis ut alii tibi fariant, tu ipsis facies*” (Faça aos demais o que quiseses que eles façam a ti); o grande preceito do *justum* seria “*Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris*” (Não faça aos demais aquilo que não queres que eles façam a ti). Enquanto a fórmula jurídica expressava diretamente uma regra de omissão, os outros dois determinavam ação, com a Moral dispondo sobre a atitude da pessoa para consigo e a Política estabelecendo critério de comportamento com o próximo.

Distinção de grande alcance, talvez a maior contribuição à Filosofia do Direito, foi a que estabeleceu no plano teórico entre o Direito e a Moral, em **Fundamenta Iuris et Gentium** (1705). O *forum externum*, campo das condutas objetivas e sociais do homem, seria a sede do Direito. Assim, para que o comportamento humano fosse atingido pela regra jurídica, indispensável que houvesse manifestação exterior da pessoa ou que sua omissão afetasse algum interesse relevante de outrem. O mundo da Moral seria o *forum internum*, plano da consciência, não alcançável pelas leis. Consequentemente, ninguém poderia ser julgado ou punido por adotar alguma ideologia ou professar uma religião. A área do pensamento seria reservada exclusivamente à Moral. Tal concepção de Tomásio, primeira teoria diferenciadora entre aqueles domínios da Ética, ainda hoje influencia o raciocínio jurídico-filosófico, embora exija outros esclarecimentos. Se o Direito se ocupa das condutas objetivas, considerando os riscos criados ou os danos impostos às pessoas, não significa que se mantenha, forçosamente, alheio ao plano da consciência. Este, pela ação do Direito, frequentemente é objeto da investigação em debate judiciário. Para tanto, é imprescindível que a postura individual tenha extrapolado o âmbito do pensamento e alcançado significação objetiva.

Na análise que fez do Direito Natural, atribuiu à divindade apenas a causa remota, pois, em última instância tudo que existe provém de Deus. A razão seria a causa próxima.

Na forma, Tomásio primou pela clareza de ideias. No conteúdo, por pensamento evoluído. A sua posição foi de vanguarda, pois defendeu a liberdade de pensamento, de consciência e, no Direito Penal, foi um dos primeiros a se insurgirem contra o emprego da tortura, a aplicação de penas infamantes e os processos de bruxaria e magia.

85.6. Rousseau. As principais teses do jusnaturalismo foram desenvolvidas, notavelmente, pelo genebrino Jean Jacques Rousseau (1712-1778) e alcançaram ampla divulgação e prestígio em sua época, indo influenciar os estatutos ideológicos da Revolução Francesa, especialmente por sua dimensão política. Em seu livro **Discours sur L'origine et les Fondements de l'Inégalité parmi les Hommes** (1753), expõe acerca do *estado de natureza*, época primitiva em que os homens seriam felizes, desfrutando de liberdade e de igualdade. Diferentemente de Hobbes, para quem o homem é mau por natureza, admitiu o contrário, pois tudo que provém da natureza é bom. Sem comando político, os seres humanos viviam no livre exercício de seus direitos naturais, em uma Idade de Ouro, onde não havia propriedade privada, nem corrupção. A desarmonia teria surgido quando alguns homens, prevalecendo de sua força, impuseram o domínio. A sociedade civil teria sido fundada pelo indivíduo que, cercado um terreno, declarou: “Isto me pertence!” Se naquele momento alguém houvesse gritado: “Guardai-vos de escutar este impostor!”, teria poupado, à humanidade, crimes, guerras, assassinatos.¹⁸

Em **O Contrato Social** (1762), obra complementar ao **Discours**, o filósofo analisa a formação do Estado. Visando a recuperar o seu bem-estar primitivo, os homens teriam transferido seus *direitos naturais* ao Estado em troca de *direitos civis*. Estes seriam os próprios direitos naturais, já então sob a tutela do Estado. Não haveria assim, renúncia à liberdade, pois tal ato “é incompatível com a natureza humana”.¹⁹ Com a celebração do pacto, cujas cláusulas são ditadas pela própria natureza do ato, os homens visavam a “encontrar uma forma de associação que defendesse e protegesse de toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual, cada um, unindo-se a todos, não obedecesse, portanto, senão a si mesmo, e permanecesse tão livre como antes”.²⁰ A finalidade última de toda legislação seria a de promover a liberdade e a igualdade entre os homens. As instituições jurídicas e o Estado, todavia, não deram continuidade à felicidade humana, já que não lhe garantiram a liberdade e a igualdade. O contrato social, que não teria sido um fato histórico, apenas um postulado racional, não alcançara êxito, pois os homens não lograram a recuperar o estágio primitivo de vida. O caminho preconizado não foi o da extinção do Estado e o retorno à Idade de Ouro, porquanto o Estado seria irreversível, mas à reorganização política de acordo com o ideal democrático. O seu pensamento não pode ser acoimado de utópico, pois reconheceu que “nunca existiu verdadeira democracia nem jamais existirá”, pois não é possível que o povo se reúna permanentemente para o trato de questões públicas.

85.7. Reações à doutrina da Escola Clássica do Direito Natural. Ainda no *período moderno*, antecedendo à crítica maior que viria a ser desferida pelo *positivismo jurídico*, alguns filósofos sustentaram ideias divergentes da doutrina da Escola Clássica.

85.7.1. Henrique e Samuel Coccejo. O sucessor de Pufendorf na cadeira de Filosofia do Direito da Universidade de Heidelberg, Henrique Coccejo (1644-1719), juntamente com seu filho Samuel Coccejo (1679-1755), um dos autores do Código Civil da Prússia, adotou uma teoria voluntarista acerca do fundamento do Direito, não distinguindo o Direito Natural do Direito Divino. Para ambos, o Direito Natural se originava em Deus, não como ato de vontade, mas por sua essência racional. Ligados tanto por vínculo biológico quanto por identidade filosófica, assumiram posição anti-intelectualista, ao admitirem que a fonte do *Jus Naturae* se localizaria em Deus, uma vez que a razão possuía a capacidade apenas de conhecer os seus princípios.

85.7.2. Vico e Montesquieu. O filósofo e jurista italiano, Giambattista Vico (1668-1744), para quem o princípio e o fim do Direito estariam na divindade, também se opôs às ideias reitoras da Escola Clássica. O autor de

Princípios de uma Ciência Nova (1725) pensava que o sentimento de justiça seria evolutivo tanto quanto a vida da sociedade, que passava, ciclicamente, por três idades: a *divina*, a *heroica* e a *humana*. O seu pensamento é dominado pelo propósito de associar, permanentemente, o Direito aos fatos concretos. Em sua opinião, o *princípio da uniformidade do espírito humano* não conduziria ao Direito universal, mas apenas à semelhança entre as leis e costumes dos povos. Vico negou a possibilidade do fenômeno da recepção do Direito. Na elaboração da *Lei das Doze Tábuas* os romanos não teriam se inspirado em fontes gregas.

Formando par com Giambattista Vico, Charles Louis de Secondat, *Barão de Montesquieu* (1689-1755), foi precursor, na primeira metade do século XVIII, da Escola Histórica do Direito, que rejeitava os esquemas racionalistas em prol da lição da experiência. O seu pensamento não se harmonizou com o dominante na Escola Clássica do Direito Natural, pois afirmava que as leis não se fundavam na razão. As instituições jurídicas emergiam do povo e como resultado da ação de fatores naturais e culturais. Enfatizou, com algum exagero, a influência do clima na formação da personalidade humana, conduta social e elaboração das leis. Em sua obra fundamental, **De l'Esprit des Lois**, encontram-se importantes elementos de Sociologia do Direito, onde o autor não se limita a sustentar abstratamente “como as leis devem ser relativas aos costumes e às maneiras”,²¹ mas se estende a considerações práticas, tomando como exemplo a legislação antiga, especialmente a romana. No âmbito do Direito Internacional Público, reconheceu a existência de um princípio fundamental: “As diversas nações devem fazer, na paz, tanto bem quanto for possível e, na guerra, o mínimo de mal possível, sem prejudicar seus verdadeiros interesses.”²²

A doutrina de Montesquieu não é de fundo positivista, pois não subordina a justiça ao conteúdo das leis: “Dizer que não há nada de justo nem de injusto senão o que as leis positivas ordenam ou proibem, é dizer que antes de ser traçado o círculo todos os seus raios não eram iguais.”²³ À ciência em geral, Montesquieu ofereceu uma definição de lei, que deve ser considerada válida não apenas para o âmbito da Física, da matéria, mas igualmente para o setor que investiga os fenômenos sociais: “As leis, no seu sentido mais amplo, são relações necessárias que derivam da natureza das coisas...”²⁴ Se o ser da lei coincidir com a visão do escritor francês sobre o seu *dever ser*, será inquestionável que a lei jurídica se enquadrará naquela definição. Isto porque, no plano do *dever ser*, a lei não é produto arbitrário da razão do legislador, mas resultante de fatores naturais e culturais que atuam condicionadamente.

As leis naturais teriam sido criadas por Deus ao formar o universo. Na conservação deste, continuaria Ele se valendo delas, pois “age segundo essas regras porque as conhece; conhece-as porque as fez; fê-las porque elas se relacionam com sua sabedoria e seu poder”.²⁵ Entre as leis da natureza, discriminou: 1ª) a paz; 2ª) a busca de alimentos; 3ª) a atração dos sexos; 4ª) desejo de viver em sociedade.²⁶

No âmbito da Ciência Política as suas investigações também foram profícuas, embora não tenham sido totalmente originais. A clássica divisão dos poderes, por exemplo, que o notável publicista teorizou, já fora objeto de referência por Aristóteles e Locke. Em seu profundo estudo sobre a matéria projeta-se a máxima: “Para que se não possa abusar do poder urge que o poder detenha o poder.” Del Vecchio fez críticas à divisão dos poderes apresentada por Montesquieu, pois entendeu que não seria possível uma nítida divisão, uma vez que não seria conciliável com a unidade da soberania.²⁷ Para o autor de **Lições de Filosofia do Direito**, não seriam diversos poderes, mas diversos órgãos, distintos em suas funções. A atividade executiva e judiciária deveria subordinar-se à legislativa, por ser esta “expressão direta da soberania”.²⁸

85.7.3. *Leibniz*. Foi com o jurista Godofredo Guilherme Leibniz (1646-1716) que criou corpo a reação à atitude intelectualista dos adeptos da Escola Clássica, que apontavam a razão como fonte do Direito Natural. Para o autor de **Método Moderno para o Ensino do Direito** (1667) e **Código Diplomático de Direito das Gentes** (1693), Deus, que estaria presente em todas as coisas, físicas ou espirituais, seria a fonte do Direito. Tanto este quanto a justiça seriam emanções da essência divina. Enquanto Hugo Grócio e Pufendorf se esforçaram em separar o Direito da Teologia, Leibniz os re aproximou em sua Teodiceia (1710). Em **Monadologia** (1714), sua obra principal, sustentou que no universo existe uma harmonia preestabelecida: “(...) não há nada inculto, estéril ou morto no universo; nem há caos ou confusão, senão em aparência; seria como num lago onde, à distância, se veria um movimento confuso, um bulício de peixes do lago, sem que se discernissem os próprios peixes.”²⁹

Na área da teoria do conhecimento, Leibniz se opôs ao *sensismo* de Locke, que negava a possibilidade de ideias inatas no espírito humano, pois este seria uma *tábua rasa*, onde nada se achava escrito. Em **Novos Ensaios sobre o Entendimento Humano**, o filósofo concebeu uma espécie de racionalismo, denominado por Johannes Hessen de *imanente*.³⁰ A razão abrigaria conceitos em gérmen, potencialmente. Para Descartes, de quem Leibniz foi continuador, haveria conceitos inatos mais ou menos acabados.

Para o filósofo alemão, a ideia do *bem* se manifestava, distintamente, nas esferas do Estado, da humanidade e de Deus. Relativamente à primeira, a ideia constitui o *Jus scriptum* e apresenta como princípio o preceito romano *neminem laedere*. O mundo ético pertencente à *humanidade* constitui a *aequitas* e se funda no preceito *suum cuique tribuere*. A ideia do bem pertencente a Deus constitui a *probitas* ou *pietas*, correspondendo ao preceito *honeste vivere* da jurisprudência romana.

85.7.4. *Wolff*. Johann Cristian von Wolff (1679-1754), filósofo, matemático e jurista alemão, foi seguidor de Leibniz, cuja doutrina analisou, sem originalidade, em sua obra **Ius naturae methodo scientifico pertractum** (1740-1748), elaborada em oito densos volumes. Fundando o Direito Natural na instância teológica – *Auctor legis naturae ipse Deus est* –, Wolff discorre sobre conceitos básicos da Escola Clássica, como *estado de natureza*, *contrato social*, *direitos inatos*. Situou o fenômeno jurídico como parte de uma lei ética e o definiu como faculdade de se cumprir o próprio dever. Enquanto o Direito Positivo expressava apenas uma lei permissiva, a Moral seria de índole preceptiva, ordenadora. A epistemologia de Wolff é flagrantemente falha, pois além de jungir o Direito à Moral, quando se sabe que as duas esferas são autônomas, desconhece a natureza imperativa da maioria dos comandos jurídicos.

86. O DIREITO RACIONAL DE KANT

O jusnaturalismo alcançou o seu apogeu no século XVIII, ao influenciar nas declarações de direitos do Estados Unidos e França, além de se projetar nas codificações dos direitos austríaco, prussiano e francês. Ironicamente, todavia, com o seu triunfo teve início a negação de suas ideias. A circunstância de tal queda foi destacada por Hans Welzel: “Quando, sem embargo, após uma espera milenar, começou a imperar sobre a realidade, depositou com isso o gérmen de sua própria decadência.”³¹ A pretensão da Escola Clássica de criar um Direito universal, válido para todas as épocas, colidiu com a promulgação de códigos nacionais: o austríaco, o prussiano e o francês. Tanto o criticismo kantiano quanto o historicismo de Savigny investiram-se contra o jusnaturalismo. Embora Locke e Rousseau, principalmente, hajam situado os princípios do Direito Natural tacitamente, na instância da racionalidade, pode-se afirmar que a Escola do Direito Racional surgiu com a doutrina

kantiana. O Direito Natural já havia sido admitido por Rousseau como princípio regulador, quando Kant abraçou esta tese e a desenvolveu. Os autores em geral costumam afirmar que o sistema filosófico de Kant promoveu o fim da Escola Clássica e o início da Escola do Direito Racional.³²

Embora o filósofo de Königsberg, Emmanuel Kant (1724-1804), com a sua genialidade, tenha lido em várias áreas do saber, como na Filosofia, História Natural, Matemática, Mecânica, interessam-no, em particular, os estudos produzidos na Teoria do Conhecimento e na Ética. Malgrado se reconheça originalidade na doutrina de Kant, o fato é que, na Teoria do Conhecimento, consoante demonstração de Johannes Hessen, o filósofo alemão sustentou teses ecléticas. Tal circunstância não impede, todavia, que notemos o brilhantismo de suas ideias.

A primeira grande indagação gnoseológica, que se refere à possibilidade do conhecimento, entre outras concepções, reúne duas que se destacam por seu antagonismo: o *dogmatismo* e o *ceticismo*. Para o primeiro, os objetos são acessíveis ao conhecimento, tanto no campo da percepção quanto no do pensamento. Não vislumbra qualquer problema a ser enfrentado, já que não vê, entre o sujeito cognoscente e o objeto, uma relação. Na visão ceticista o sujeito seria incapaz de apreender o objeto tal como se apresenta na realidade. Daí seus adeptos concluírem que não se devem formular juízos, mas absterem-se de julgar. Adotado por Kant, o *criticismo*, conforme J. Hessen, vem a ser “um meio termo entre a temeridade dogmática e o desespero cético”.³³ O seu método tem a ver com a *dúvida metódica* de Descartes, pois compreende a pesquisa da origem das próprias afirmações, objeções e seus fundamentos. Como o sistema filosófico kantiano é conhecido por *criticismo*, é indispensável que não se confunda o criticismo como Filosofia Geral e como método. Inicialmente Kant tendeu para o dogmatismo sob a influência da doutrina racionalista de Wolff, a qual abandonou motivado pelo empirismo, sobretudo na versão de David Hume, que o despertou de seu “sono dogmático”, conforme confessou.

Relativamente ao problema da origem do conhecimento, confrontam-se, fundamentalmente, o *racionalismo* e o *empirismo*. Para o primeiro, a razão é a fonte do conhecimento. Somente se pode dizer que há conhecimento verdadeiro quando o saber é *logicamente necessário* e *universalmente válido*. Reunindo essas condições o conhecimento prescinde da experiência. Os racionalistas concentraram a sua atenção especialmente na Matemática, ciência que se presta àquele tipo de conhecimento. Quando se afirma que “o todo é maior do que a parte”, tem-se efetivo conhecimento, pois além de juízo universalmente válido, apresenta necessidade lógica. O empirismo se contrapõe a esta corrente, ao proclamar que o espírito é uma *tábua rasa* ou *folha em branco* e que todo saber provém da experiência. O campo maior de demonstração é o das ciências da natureza. O *apriorismo*, que teve em Kant o seu fundador, é fórmula que visa à conciliação entre aqueles dois extremos. Para o filósofo alemão, o espírito é dotado de elementos *a priori*, de natureza apenas formal, semelhantes a recipientes onde a experiência deposita conteúdos.

Finalmente, quanto à essência do conhecimento, onde o realismo e o idealismo apresentam-se como alternativas mais divergentes, Kant defende o *fenomenalismo*, que, de algum modo, concilia as duas posições antagônicas. Enquanto para o *realismo* as coisas existem independentemente do sujeito cognoscente e nosso espírito é capaz de conhecê-las exatamente como são, para o *idealismo* nada há fora de nossa consciência. Aquilo que se apresenta ao pensamento é apenas objeto ideal. O *fenomenalismo* distingue, nos objetos, o *fenômeno* e o *númeno*. O espírito humano seria capaz de conhecer as coisas apenas em sua aparência (*phaenomeno*), pois o númeno, ou a coisa em si, seria inacessível à inteligência humana. O fenomenalismo concorda com o realismo ao admitir que há coisas reais e anui à teoria idealista quando assevera que o conhecimento só é possível quanto às aparências.

O conhecimento humano pressupõe, para as percepções sensíveis, duas formas subjetivas: *tempo* e *espaço*, que não existem fora do sujeito cognoscente, mas que o condicionam, e enquanto os objetos materiais são finitos

essas formas são infinitas. Kant enumerou quatro espécies de *categorias*: quantidade, qualidade, modo e relação. Em seus estudos sobre os juízos, classifica-os em duas espécies: *analíticos* e *sintéticos*. Quanto aos primeiros, o que se predica ao sujeito é redundante, pois este já engloba conceptualmente aquilo que se afirma ou se nega. Quando se enuncia que “todo corpo é extenso”, tem-se um juízo analítico, pois a propriedade que se declara integra a noção do sujeito. Nos conceitos sintéticos, o que se apresenta como predicado não faz parte conceptualmente do sujeito. Quando afirmamos que a água ferve a 100° estamos diante de um juízo sintético, pois não é um dado lógico que a água necessariamente tenha que entrar em ebulição naquela temperatura. Enquanto os juízos analíticos são acessíveis à inteligência, independentemente da experiência, porquanto são juízos *a priori*, os sintéticos são *a posteriori*, pois pressupõem a experiência do sujeito. Após indagar se haveria juízo sintético *a priori*, Kant admitiu que sim, mas apenas para as noções formais, como na Matemática e Geometria.

Relativamente ao domínio da Ética, o pensador alemão se distanciou do filósofo epicurista e do eudemonismo ao dissociar a Moral, respectivamente, das ideias de prazer e utilidade. Uma conduta seria valiosa no plano moral quando a sua motivação consistisse apenas no reconhecimento ao bem. Se o agente, contudo, obrou visando a alguma recompensa, já não se poderia qualificar a ação como positiva. A concepção moral é sintetizada em seu imperativo categórico: “Atua de tal modo que a máxima de teus atos possa valer como princípio de uma legislação universal.” Tal máxima não chega a expressar uma ideologia ética, pois não orienta o comportamento teleologicamente.

No âmbito do Direito, Kant situou a liberdade como o valor máximo a ser alcançado: “O Direito é o conjunto de condições segundo as quais o arbítrio de cada um pode coexistir com o arbítrio dos demais, de harmonia com uma lei universal de liberdade.” Sob a influência de Cristiano Tomásio, distinguiu a Moral do Direito, entendendo que a primeira se ocuparia com o motivo da ação, que deveria identificar-se com o amor ao bem, enquanto para o segundo o relevante seria o plano exterior das ações. Os direitos naturais, que identificou com a liberdade, poderiam ser conhecidos *a priori* pela razão e independiam da legislação externa. O Direito Positivo, em contrapartida, “não vincula sem uma legislação externa”.³⁴ Quanto ao significado da coação, ao distinguir Direito em sentido estrito e em sentido amplo, reconheceu que somente o primeiro se acha unido àquele elemento. O *Jus latum* compreenderia a equidade e o Direito de necessidade. A equidade não seria praticada com fundamento na lei, mas em critérios de justiça. Há benefícios que podem ser obtidos de acordo com a equidade, não porém em razão do *Jus strictum*, pois as pretensões seriam rechaçadas. O filósofo alemão conclui: “(...) um tribunal de equidade destinado a decidir uma disputa sobre os direitos de outras pessoas encerra uma contradição em si.”³⁵ O Direito de necessidade, a que o autor se refere, consiste no estado de necessidade e possui por lema: “a necessidade não reconhece lei” (“*necessitas non habet legem*”).³⁶

87. O IDEALISMO ALEMÃO E A FILOSOFIA DE HEGEL

Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), que, ao lado de Schelling e Fichte, professou a filosofia idealista na Alemanha, entre outras obras foi autor de **Philosophie des Rechts** (1821), mas a importância de seu pensamento, neste capítulo, provém não de suas concepções jurídico-filosóficas tomadas isoladamente, porém como parte de seu consagrado sistema filosófico. A cabal compreensão daquela obra pressupõe o conhecimento prévio de sua doutrina geral. Neste sentido expõe Eugène Fleischmann: “Não é possível expor e interpretar a Filosofia do Direito independentemente do conjunto do sistema hegeliano.”³⁷

Os idealistas alemães, a partir de uma intuição transcendental, pensavam que a origem da realidade se

identificava com o espírito. Hegel, o mais notável, nessa perspectiva de pensamento explicava que a ideia absoluta, anterior ao mundo, transformara-se no reino da natureza, voltando a si posteriormente. Inicialmente era a *ideia em si* (antes da criação do mundo); em seguida, a *ideia fora de si* (trans-fundindo-se em natureza) e, finalmente, a *ideia em si e por si*, quando se converte e se torna espírito. Enquanto para Kant, os homens possuem aptidão para conhecer apenas o *fenômeno* ou *aparência* e não a *coisa em si*, para Hegel não havia limite ao conhecimento humano. Em **Philosophie des Rechts**, declarou que “tudo o que é real é racional, tudo o que é racional é real” o que significa que o *ser* e o *pensar* são iguais, não podendo haver divergência entre o *ser* e o *dever ser*. Para Hegel nada existe fora do pensamento. Nada há que não logre uma justificação racional, como também não há posição racional que em algum momento não se realize. Tudo que em algum momento se realiza é um fenômeno da razão absoluta. A *ideia*, que não era estática, se desenvolvia historicamente por um método dialético. Haveria sempre a marcha triádica da *tese*, *antítese* e *síntese*. A primeira configuraria a situação, a realidade, com todas as suas características, a qual conteria o gérmen da contradição e que ensejaria a *antítese*. Como resultado do processo evolutivo surgiria a *síntese*, que por sua vez seria tese para uma nova marcha, em uma sequência infinita. Tal método seria aplicável em todos os setores da realidade.

O espírito, que é a *ideia em si e por si*, se manifesta de três modos: espírito subjetivo (a alma, a consciência e a razão); espírito objetivo (Direito, Moralidade e o Costume); espírito absoluto (Arte, Religião e a Filosofia), que é uma síntese do espírito subjetivo e objetivo. Enquanto a Arte registra a intuição da ideia do absoluto, a Religião representa a ideia do absoluto e a Filosofia expressa o absoluto. Quanto ao espírito objetivo, que abriga o Direito seria “a existência do livre querer”, ou a liberdade externa que, não sendo perfeita, leva à Moralidade. Aplicando ao espírito absoluto o método dialético, afirmou Kant que o Direito seria a tese; a Moralidade, a *antítese* e o Costume, a *síntese*. A família, a sociedade e o Estado integravam os costumes.

Tanto o Direito deve ser um devenir mesmo da liberdade, que a Filosofia do Direito, para Hegel, é filosofia da liberdade, que tem a sua culminação no Estado. Embora problemática a presença do Direito Natural no pensamento hegeliano, alguns autores a admitem, relacionando-a à noção de Direito abstrato, desenvolvida na primeira parte de sua Filosofia do Direito. O *Direito abstrato*, realmente, não foi concebido como norma disciplinadora do controle social, mas como “forma mais elementar da existência da vontade livre”, conforme López Calera, para quem “o caráter universal do Direito abstrato é simplesmente formal, enquanto expressa a relação da vontade livre em si mesma e de modo excludente, o que não é outra coisa que a personalidade”.³⁸ O escritor alemão, ainda de acordo com López Calera, nutria verdadeira antipatia ao jusnaturalismo de seu tempo, revelado em artigo na imprensa. Não concordava com a supervalorização do conceito de “natureza”, nem a sua utilização nas questões éticas e jurídicas. O Direito Natural, todavia, estaria fundado na doutrina hegeliana na ideia de pessoa. Seu princípio fundamental é expresso na máxima: “Sê pessoa e respeite os demais como pessoa.” O direito de propriedade seria derivação da vontade em si mesma, enquanto o contrato surge da relação intersubjetiva de vontades.

Quanto à Filosofia Política, considerou o Estado como produto da razão humana e portador de direitos absolutos sobre os indivíduos. Em sua epistemologia não admitiu que, historicamente, se chegasse à concreção do Estado ideal. Identificada a doutrina hegeliana com o absolutismo político, Luño Peña apontou algumas correntes que se basearam naquela fonte: a) o *estatismo* ou *centralismo social*, para quem o Estado seria a fonte do Direito, da Moralidade e da Religião; b) o *socialismo do Estado*, para quem os processos de produção e o direito à propriedade seriam dirigidos pelo Estado; c) o *socialismo democrático*, ou *materialismo histórico*, que teve em Marx, Engels e Lasalle os seus corifeus; d) o *socialismo anárquico*, seguido por Proudhon e Feuerbach, entre outros; e) o *anarquismo extremo*, que por sua vez abriria caminhos para o *nilismo* e o *bolchevismo*, com Bakunin e Lenin.³⁹

88 . A ESCOLA HISTÓRICA DO DIREITO

Com o jusnaturalismo, as reflexões sobre o Direito penderam mais para o abstrato, para o racional. Com a Escola Histórica as atenções convergiram-se para a experiência, para os fatos da sociedade e seus costumes. Enquanto a primeira corrente se identificava com o racionalismo, esta se inspirava no empirismo, duas doutrinas opostas sobre a origem do conhecimento. Retirado o excesso da Escola Clássica do Direito Natural e da Histórica, cada qual desperta a consciência do jurista para dimensões essenciais do fenômeno jurídico: a natureza humana e os costumes. A visão equilibrada do Direito pressupõe a combinação, no que conciliável for, entre as forças antagônicas. A visão global do Direito não prescinde dos subsídios históricos, nem das instâncias éticas do *Jus Naturae*. Ideias que se contrapõem, as duas doutrinas estão entre si como a *tese* e a *antítese* da dialética hegeliana. Como na marcha triádica, o mais importante surge com a *síntese*, que é uma consequência natural da evolução, quando se atribui devido peso à natureza humana e à vontade popular. O permanente esforço do legislador há de ser a conciliação entre o elemento natural e o cultural. Se em termos absolutos a tarefa é inatingível, a atitude do cientista do Direito não deverá ser a de renúncia. Conquanto a consciência de que não se caminha rumo ao perfeito, a tarefa que se põe, como indeclinável, é a da busca do aperfeiçoamento das instituições jurídicas, para que estas satisfaçam, no tempo e no espaço, aos imperativos da natureza em harmonia com a realidade histórica.

O *historicismo* foi um movimento importante de ideias, surgido e desenvolvido no século XIX, e que se apresentou como reação ao racionalismo, ao raciocínio puro e abstrato, que utilizava apenas do método dedutivo, desprezando a observação dos fatos. Ele foi fecundo nos setores filosófico, político e jurídico. O historicismo filosófico projetou-se através de dois grandes filósofos alemães: Schelling e Hegel, que exaltaram a alma popular como expressão do espírito universal. Em sua manifestação política, o historicismo está intimamente ligado à Revolução Francesa e com as discussões doutrinárias supervenientes. Os adeptos daquela Revolução defenderam ideias racionalistas, abandonando a tradição, para lutar por novos horizontes políticos e jurídicos para a França. A Santa Aliança, pretendendo a recuperação da imagem da monarquia perante o Mundo, executou o pensamento racionalista, alertando que o presente não poderia romper com o passado, na política, sem provocar sérios riscos e comprometer toda a vida do Estado e da sociedade. Na Inglaterra, Edmundo Burke (1729-1791) criticou exacerbadamente a Revolução Francesa, em face de sua doutrina, qualificando a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” de “Digesto da anarquia”. Na área do Direito o historicismo surgiu na Alemanha, através de Gustavo Hugo, Savigny e Puchta, ao início do século XIX. Além dessas três direções, o historicismo está ligado a romantismo literário do século passado.

88.1. Os precursores do historicismo jurídico. Os antecessores mais diretos do pensamento historicista, geralmente apontados, são: Vico, Montesquieu e Burke. Alguns autores, porém, vão mais longe, no passado distante, conforme Ruiz Moreno, que vislumbrou nos últimos capítulos de *As Leis*, de Platão, alguns traços historicistas. Há quem reconheça, na obra do jurisconsulto romano Gaio, algumas ideias que, mais tarde, foram apresentadas e desenvolvidas por Savigny.⁴⁰ Pedro Lessa sintetizou o papel dos precursores da Escola Histórica: “A tarefa de todos os precursores da Escola Histórica foi combater os princípios absolutos, o racionalismo inovador, revolucionário, que supunha poder reformar de súbito as sociedades, transplantando instituições de uma nação para outra, ou realizando na vida jurídica as meras criações abstratas da razão, apoiada quando muito na observação subjetiva.”⁴¹

88.2. A doutrina da Escola Histórica do Direito. A doutrina historicista no Direito foi desenvolvida por três juristas alemães: Gustavo Hugo (1764-1844), autor de **Filosofia do Direito Positivo** (1797); Frederico Carlos Savigny (1779-1861), autor de **A Vocação de nosso Século para a Legislação e a Ciência do Direito** (1814) e Jorge Frederico Puchta (1798-1846), discípulo de Savigny e autor de **O Direito Costumeiro**. O mais notável defensor do historicismo foi Savigny, através de sua referida obra, com a qual contestou a pretensão do jurisconsulto alemão Thibaut que, no opúsculo **Da Necessidade de um Direito Civil Comum para a Alemanha** fizera a apologia da codificação. A obra de Savigny é considerada a condensação do programa historicista no setor do Direito.

Ruiz Moreno sintetizou a temática da Escola Histórica em três teses principais: a) comparação do Direito à linguagem; b) o espírito ou consciência do povo como origem do Direito; c) o costume como a fonte mais importante do Direito.⁴² Os historicistas comparam o Direito à linguagem, afirmando que o processo de formação de ambos é semelhante. A linguagem é criada pelo povo, que forma o vocabulário pelo qual manifesta o seu pensamento. Somente mais tarde é que surge a classe dos gramáticos, visando ao apuro técnico e estético da linguagem. O mesmo se dava com o Direito, que era criado espontaneamente pelo povo, como resultado das vivências sociais. Os técnicos do Direito teriam missão análoga à dos gramáticos, ou seja, a de formalizar o Direito e não a de criá-lo. Esta primeira proposição foi desenvolvida por Gustavo Hugo. A segunda o foi, com maior ênfase, por Savigny, que se influenciou pelas ideias de Schelling e de Möser. A fonte ou a origem do Direito está no espírito do povo (*volksgeist*). O Direito não tem por fundamento as ideias abstratas, nem se baseia nos conceitos da razão. Deve ser a expressão da consciência jurídica do povo. O Direito era criado espontaneamente pelo povo e sua formação era lenta, gradual, imperceptível e inconsciente. Os instrumentos de controle social – Direito, Moral, Religião, Arte, Costumes, Política – são objetivações do espírito coletivo. Cada povo, cada época, tem a sua consciência popular que gera um Direito peculiar. Povos diferentes, Direitos diferentes! Comenta Ruiz Moreno que essa superestimação do misterioso espiritual é o que se tem denominado *romanticismo*, que se projetou na literatura, poesia, teatro, música, pintura, moda, Filosofia e Direito.⁴³

Savigny, citado por Edgar Bodenheimer, resume o pensamento historicista: “O Direito é um produto de forças interiores, que operam em silêncio e está profundamente enraizado no passado da nação, e as suas verdadeiras fontes são a crença popular, os costumes e a consciência comum do povo.”⁴⁴ A terceira tese considera o costume como a forma ideal de manifestação do Direito, superior à da lei. Puchta, discípulo de Savigny, foi quem teorizou o papel do costume no território jurídico. O costume, segundo a Escola Histórica, é a expressão mais legítima da vontade do povo, pois é criado por este. Possui a vantagem de acompanhar as necessidades sociais mais de perto, pois as suas normas são dotadas de flexibilidade. Os usos e os costumes são a revelação autêntica e pura do Direito. Nesse particular, das vantagens e desvantagens do *Jus scriptum* e do costumeiro, as melhores fontes de consulta são os trabalhos de Thibaut e de Savigny, na luta que travaram em torno da conveniência de se dar à Alemanha um código civil. Savigny alegou que o código matava o Direito. A vida era dinâmica e o código, estático. O Direito escrito provocaria a fossilização ou o esclerosamento do Direito. O costumeiro, ao contrário, tinha a virtude de se amoldar mais à vida, atendendo prontamente às suas solicitações. Contra o Direito Costumeiro, a síntese era a de que não era capaz de proporcionar a certeza do Direito, ocasionando assim a insegurança jurídica por parte do povo e a segurança, como se sabe, é um dos valores máximos do Direito.

88.3. Crítica. A par das restrições que apresenta contra o historicismo jurídico, Del Vecchio revela que ele

trouxe benefício para a Ciência do Direito ao demonstrar a íntima relação entre o Direito e as condições particulares de cada povo. A Escola, todavia, apresenta defeitos sérios. A sua doutrina exclui a especulação ideal sobre a justiça. Não há preocupação com os valores a serem realizados. Identifica o *dever ser* com o *real*, com o existente. Outra crítica que se faz à Escola consiste na circunstância de que os seus principais defensores e adeptos foram grandes admiradores e cultores do Direito Romano, que o encaravam como modelo, válido universalmente. Nessa atitude, a crítica reconhece uma contradição, pois os historicistas defenderam a tese de que o Direito deve ser a expressão da vida de um povo, o resultado de sua experiência, de seu passado, de suas aspirações. Del Vecchio, a esse propósito, comenta que “já houve quem justamente observasse que, sob certo aspecto, o Direito Romano foi para a Escola Histórica um sucedâneo do Direito Natural, que ela tanto combateu”.⁴⁵

1 **De la République**, 1, 8.

2 Op. cit., p. 126.

3 **Lições de Filosofia do Direito**, cit., v. I, p. 104.

4 Op. cit., 1 v., p. 216.

5 Op. cit., p. 260.

6 **Leviatã**, cap. XVIII.

7 *Idem*.

8 **Leviatã**, cap. XXVI.

9 *Idem*.

10 **Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas**. 1. ed. Rio de Janeiro: 1966, p. 57.

11 **Ética I**, proposição XXV.

12 **Tratado Político**, cap. IV.

13 *Idem*.

14 *Idem*, cap. X, § 9.

15 **Carta acerca da Tolerância**.

16 **Segundo Tratado sobre o Governo**, cap. XI, item 142.

17 FASSÒ, Guido. Op. cit., v. 2, p. 122.

18 **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**, 2ª parte.

19 **Contrato Social**, livro I, IV.

20 *Idem*, livro I, VI.

21 **De l'Esprit des Lois**, l. 19, cap. XXI.

22 *Idem*.

23 *Idem*, l. 1, cap. I.

24 *Idem*.

- 25 *Idem*.
- 26 *Idem*, l. 1, cap. II.
- 27 **Lições de Filosofia do Direito**, cit., v. I, p. 152.
- 28 *Idem*.
- 29 **Monadologia**, item 69.
- 30 HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Suc., 1964, p. 66
- 31 WELZEL, Hans. Op. cit., p. 170.
- 32 Cf. DEL VECCHIO, Giorgio. Op. cit. v. I, p. 165 e em MORENO, Ruiz. Op. cit., p. 291.
- 33 Op. cit., p. 55.
- 34 KANT, Emmanuel. **Introducción a la Teoría del Derecho**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, reimpressão de 1978, p. 101.
- 35 Op. cit., p. 90.
- 36 Op. cit., p. 93.
- 37 *Apud* LÓPEZ CALERA, Nicolás M. **El Riesgo de Hegel sobre la Libertad**. Monografías de Filosofía Jurídica e Política. Granada, 1973, p. 5.
- 38 Op. cit., p. 49.
- 39 **Historia de la Filosofía del Derecho** Barcelona: Editorial La Hormiga de Oro, S.A., 1949, t. II, p. 267.
- 40 Op. cit., p. 320.
- 41 Op. cit., p. 396.
- 42 Op. cit., p. 327.
- 43 Op. cit., p. 328.
- 44 Op. cit., p. 88.
- 45 Op. cit., p. 213.

Quarta Parte

A FILOSOFIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA

Capítulo 15

A DOUTRINA DO DIREITO NATURAL

Sumário: **89.** Concepção dualista do Direito. **90.** A natureza humana como fonte do Direito Natural. **91.** Caracteres fundamentais do Direito Natural. **92.** Direito Positivo e Direito Natural. **93.** Princípios constitucionais do Direito Natural. **94.** O Direito Natural visto como ideologia. **95.** A realidade do Direito Natural. **96.** O caráter não ideológico do Direito Natural.

89. CONCEPÇÃO DUALISTA DO DIREITO

Alguns temas na Filosofia Jurídica provocam relativa convergência de opiniões, mas, pode-se afirmar, na ciência *altior* do Direito não há questões definitivamente julgadas e arquivadas. As polêmicas apenas variam de amplitude e as dificuldades, em graus. Em torno do Direito Natural as indagações são múltiplas e daquelas que suscitam acesos e intermináveis debates. A primeira pergunta que se põe à análise refere-se ao problema da existência. Enquanto esta é rejeitada por positivistas e historicistas, os jusnaturalistas apresentam uma concepção dualista, convictos de que, paralelamente à ordem institucionalizada pelo Estado, haveria o Direito Natural, ordem não escrita, não promulgada pelos homens. Internamente, tanto os monistas quanto os dualistas divergem na fundamentação, o que oferece ao analista um campo rico e variegado de ideias.

O pensamento acerca do Direito Natural é antiquíssimo. Na Filosofia, o primeiro pensador que expôs uma doutrina sobre o Direito Natural foi o grego Heráclito de Éfeso (aproximadamente 535-470 a.C.), que professou um jusnaturalismo cosmológico de fundo panteísta. Embora alimentasse a ideia de que *tudo flui*; que a realidade é um eterno devenir, daí não se poder banhar duas vezes na mesma água, pensava na existência do *logos*, lei universal eterna, responsável pela harmonia entre os opostos. O *logos*, que seria divino, se identificava com as forças da natureza, especialmente *o fogo*, e indicava aos homens a norma de conduta. Para Heráclito, cognominado “O Obscuro” em razão de seu estilo melancólico, as leis humanas fundavam-se naquela lei única, acessível ao conhecimento pela via da razão.

Entre os antigos, também na literatura grega há o registro da crença em um Direito superior ao positivo. O fato foi traspassado da mitologia para a tragédia **Antígone**, por Sófocles (494-406 a.C.). Morto em uma batalha acusado de traição à pátria, Polínic não pôde ser sepultado por ordem de seu tio, o rei Creonte. Antígone, ao ser surpreendida quando enterrava o corpo de seu irmão, arrostando perigo, dirigiu-se ao tirano, dizendo-lhe que as ordens que ditava não eram superiores às leis não escritas e imutáveis dos deuses, existentes de longa data.

O Direito Natural é referência para o legislador e para as consciências individuais. O homem médio da sociedade, além de orientar-se socialmente pelo chamado conhecimento vulgar do Direito, guia-se também pelos princípios do Direito Natural. Se o apurado conhecimento desta ordem se obtém pela reflexão, certo é, também, que

a simples experiência de vida induz à percepção de seus princípios mais fundamentais. Estes configuram verdadeira fonte ordenadora da conduta e não se reduzem à ordem moral. Direito Natural e Moral, por seus princípios, estão presentes na consciência humana. Conquanto não se circunscrevam no mundo da cultura, a percepção mais ampla das duas esferas pressupõe espírito adaptado ao meio civilizado. Quanto mais culto o homem, maior a sua capacidade de compreender e teorizar aqueles princípios; a vivência concreta de valores espirituais, porém, não tende a ser maior nas camadas mais intelectualizadas. O sentimento de respeito aos ditames jusnaturalistas e morais é imanente à pessoa humana e se revela a partir dos primeiros anos da existência. Embora afins, as duas ordens não se confundem. Mais abrangente, a Moral visa à realização do *bem*, enquanto o Direito Natural se coloca em função de um segmento daquele valor: o resguardo das condições fundamentais da convivência. O homem isolado mantém-se portador de deveres morais sem sujeitar-se aos emanados do Direito Natural, pois estes pressupõem vida coletiva.

Tanto quanto o Direito Positivo, o Natural pode ser considerado subjetiva e objetivamente. Sob o primeiro aspecto, identifica-se com o poder de viver e desfrutar de liberdade, sob a garantia de igual oportunidade. Na acepção objetiva, é conjunto orgânico de princípios que deve orientar o Estado em sua tarefa de organizar a sociedade, tomando-se por referência a natureza humana. Pensamos que nesta síntese se acha a ideia básica do Direito Natural. As dificuldades surgem quando se pretende o arrolamento dos princípios e se intensificam na medida em que se busca a pormenorização. A existência do Direito Natural se justifica por uma cadeia de raciocínios lógicos, sem recurso a dogmas. Como todo ser, a pessoa humana possui natureza e se dispõe a realizar fins. Estes sofrem condicionamentos ditados pela natureza. Os fins não são um todo cerrado e sem alternativas, mas um leque de amplas possibilidades de realizações. Os fins são aqueles que a natureza do homem e do mundo físico permitem e não encontram censura na razão. O Direito Natural é uma tutela de fins. Seus princípios consideram a natureza humana e os fins que os homens buscam.

A filosofia atual não abandona os subsídios da razão nas tarefas de determinação do Direito Natural. Nem poderia fazê-lo, pois não há como se induzirem princípios sem as operações do intelecto. A experiência observa fenômenos, mas a constatação e enunciado de leis é algo afeto à razão. O Direito Natural, em si, não pressupõe senão a vida humana em sociedade. A sua compreensão pelo homem requer, sim, experiência e raciocínio. O seu existir coincide com a vida cultural; o seu conhecimento, porém, é fato cultural, que não aflora na consciência humana de modo espontâneo. É certo que a natureza do homem possui intuições do justo, que se revelam, todavia, sem a plena consciência de sua dimensão.

Embora não se possa confundir o Direito Natural com a justiça, o certo é que aquela ordem constitui um ideal de justiça e um dos caminhos que levam o pensador ao *Jus Naturae* é a sua insatisfação com a carência de justiça nos estatutos legais. O homem, ser eminentemente racional, sonda a razão de ser das coisas, não se submetendo passivamente a qualquer ordenamento. Procura-se o fundamento ético das leis e das decisões. O espírito crítico apela para a busca de orientação, de referência, na *ordem natural das coisas*. O Direito, como instrumento de promoção da sociedade, há de estar adequado à razão, há de se apresentar em conformidade com a natureza humana. Quando o filósofo chega à conclusão de que nem tudo é contingente e variável no Direito e que alguns direitos pertencem aos homens por sua condição de ser humano, alcança-se a ideia do Direito Natural, que deve ser a grande fonte a ser consultada pelo legislador. Diferentemente do que alguns pensam, o Direito Natural, assim formado, não é obstáculo ao desenvolvimento social; não é contra a história. O legislador há de lançar mão desses princípios na elaboração dos textos legais, a partir do constitucional. Com ele, deve moldar a estirpe do ordenamento jurídico e tecer os modelos legais. Preservar o Direito Natural não significa perda de espaço para o legislador.

apenas iluminação de caminhos. As alternativas não desaparecem quando o construtor da ordem jurídica recorre ao Direito Natural. Mesmo atrelado a esta ordem, o *Jus Positum* mantém-se móvel, apto a acompanhar a marcha da história. Há limites, mas estes se assentam na razão e não embaraçam a atividade legiferante. A exemplo da lei da gravidade, que impõe restrições não lamentadas pelo ser humano, o Direito Natural condiciona, sem impedir ou costringer. Os planos sociais, em vez de coartados pelo Direito Natural, se viabilizam, fecunda e duradouramente, na medida em que consagram aqueles princípios.

90. A NATUREZA HUMANA COMO FONTE DO DIREITO NATURAL

A natureza humana, de um modo geral, é apontada pelos jusnaturalistas como selecionadora dos fins humanos e fonte do Direito Natural. O seu conceito é objeto de amplas divergências filosóficas. Indubitavelmente, o núcleo conceptual for-ma-se pelo denominador comum existente no gênero humano. Daí se infere, por aplicação de postulado lógico, que o seu grau de compreensão deve ser o menor possível a fim de se obter a máxima extensão. Refletindo sobre a matéria, Rudolf Stammler reconheceu como única qualidade comum aos homens a sua condição de *ser natural*, da qual, porém, não admitiu que se extraíssem os fins humanos.¹ Pensamos que a natureza humana se define pela gama de instintos comuns aos seres racionais, como o da preservação da vida, da liberdade. A observação revela-nos que a generalidade das pessoas tem ânsia de liberdade e que sem esta não é capaz de se realizar nos planos físico e espiritual. Em consequência, a liberdade é valor fundamental à espécie humana e se erige em princípio básico do Direito Natural. A pesquisa nos sistemas jurídicos vigentes indica que o valor liberdade, em suas plúrimas dimensões, é polarizador de leis, tratados e convenções.

A essência e componentes da natureza humana são questões polêmicas e que dividem opiniões. O eixo das discussões gira em torno de antíteses: o biológico e o cultural; a hereditariedade e o meio ambiente; a natureza e a educação; o instintivo e o condicionado. Para Leslie Stevenson, tais fatores são reconhecidos pelos filósofos, que não se entendem, todavia, quanto à proporção entre o inato e o assimilado. Alguns pensadores enfatizam a importância do social, como Platão, Marx e Skinner, que preconizam a mudança das pessoas por meio de transformação nas estruturas sociais. Já a corrente filosófica formada pelo cristianismo e pensamento de Freud e de Lorenz defende a ideia de que os limites da transformação do homem se acham em sua natureza inata e universal.²

No plano filosófico, inúmeras outras indagações se colocam no campo de análise quanto ao *natural* na espécie humana. As teorias materialistas e dualistas questionam a composição do ser humano. Para a primeira corrente, o homem se compõe apenas de matéria, nada lhe podendo restar com a morte. Todas as funções humanas teriam base e explicação em fenômenos físicos. Para o *dualismo*, a pessoa, além de matéria, teria a dimensão espiritual, não se podendo reduzir as suas manifestações vitais a reações corporais. Outro dissenso filosófico em torno da natureza humana se manifesta quanto à base das ações. Para o determinismo, não haveria espontaneidade no agente, que atuaria motivado por certos impulsos, identificados por Marx com o econômico e, por Freud, com o elemento interno ao próprio ser. Em oposição ao determinismo, situa-se a teoria do livre arbítrio, cujos adeptos situam a liberdade na base das ações. Os homens seriam livres na eleição de seus valores e em suas decisões.

Após a análise das concepções de sete teorias sobre a matéria, reunindo os pensamentos de Platão, da corrente do cristianismo, de Marx, Freud, Sartre, Skinner e Lorenz, o professor da Universidade de Oxford, Leslie Stevenson, concluiu que as diferentes opiniões, embora registrem sérias discordâncias, não são antitéticas ou inconciliáveis. Cada qual apresenta importantes aspectos à mais ampla compreensão da natureza humana.

91. CARACTERES FUNDAMENTAIS DO DIREITO NATURAL

Os direitos naturais são eternos, imutáveis e universais? Partindo-se do entendimento, hoje generalizado, de que o *Jus Naturae* não possui caráter normativo e se compendia em grandes princípios, cuja fonte é *ordem natural das coisas*, é possível reconhecer-lhe os atributos de fixidez e generalidade. O direito à vida, à liberdade, à igual oportunidade são a-históricos e se impõem incondicionalmente. O seu desdobramento em princípios de menor abstração ou em regras práticas é passível de mutação no tempo e no espaço. O avanço gnoseológico, a mudança nos costumes, o surgimento de crises sociais e de progresso dão nova fisionomia à sociedade e reclamam adequada renovação nos instrumentos legais. As *estruturas de poder*, em consequência, devem promover a reformulação da ordem jurídica. A criação de novos institutos ou a modernização de antigos códigos é providência a ser tomada em consonância com a vontade popular, de que os detentores do poder devem ser intérpretes, respeitados sempre aqueles princípios majoritários, verdadeiras matrizes do direito universal. Não há incompatibilidade entre o Direito Natural e o processo histórico ou dialético. O substrato é fixo; as aplicações, variáveis. Como princípio, é inquestionável. A extensão de seu exercício, porém, é cambiável em função das condições históricas. A regulamentação positiva do Direito exige o concurso da *razão* e a presença do valor *justiça*, a fim de que as fórmulas de adaptação preservem a sua essência.

Ao desenvolver a sua tese do Direito Natural de conteúdo variável, R. Stammler sustentou que “não há possibilidade alguma de afirmar o *conteúdo condicionado* de uma norma jurídica qualquer como um *ideal absoluto* para todos os tempos e todos os lugares”.³ Embora a uniformidade do Direito Natural conste de princípios e não de normas, os sistemas jurídicos contemporâneos registram regras com validade invariável. Nesse sentido: matar alguém, fato punível; reduzir o ser humano à condição de escravo, delito; ato ilícito, indenização devida.

O pensamento stammleriano, segundo o qual “não há uma só norma jurídica que possa afirmar-se *a priori* quanto ao conteúdo que se encerra”,⁴ é refutado pela experiência. Se há regras assentes no Direito universal e que se perpetuam no tempo, infere-se a possibilidade apriorística de sua promulgação.

Georges Renard sustentou a tese do *Direito Natural de conteúdo progressivo*, partindo da ideia de que o *Jus Naturae* se caracterizaria apenas pela finalidade de orientar a elaboração do Direito Positivo. A lei natural seria fixa, enquanto o conhecimento humano a seu respeito, progressivo. Para o jurisfilósofo francês, o progresso do Direito Natural seria o desenvolvimento das virtualidades contidas em seu princípio. Enquanto o *Jus Positum* “representa a categoria da estabilidade, o Direito Natural representa a categoria do progresso”.⁵

Tanto o Direito Comparado quanto a História do Direito confirmam os atributos citados. O Direito de variados povos registra ponderáveis coincidências axiológicas, que não decorrem do acaso, mas de uma razão superior: a universal natureza humana. A distinção de culturas implica certamente a distinção de estatutos coercitivos, que se distanciam no acidental e se homogeneizam no fundamental.

A proteção à vida, à liberdade, à integridade física e moral, ao patrimônio é denominador comum, pois as fórmulas legislativas não se apresentam unitárias em face da multiplicidade das experiências sociais. *Matar alguém* é delito previsto na legislação de todos os povos civilizados em razão do direito natural à vida. A espécie de punição e a sua intensidade; os motivos excludentes de criminalidade; as circunstâncias que agravam, ou diminuem a pena, embora revelem certa convergência entre as legislações, são particulares a cada sistema jurídico. A pesquisa histórica oferece, também, atestado de estabilidade e permanência ao Direito Natural. O demasiado recuo no tempo pode acusar o contrário, fato esse a ser atribuído a atrasos culturais, conforme se passou com o instituto da escravidão ou da chamada morte civil entre os romanos.

Esta linha de pensamento não retrata o Direito Natural como obstáculo ao desenvolvimento, antes o assimila e

o situa como processo de adaptação social tanto quanto o Direito Positivo, desde que consideremos as aplicações como seu prolongamento. Não há antítese, pois, entre o jusnaturalismo contemporâneo e os reclamos da história. Os princípios do Direito Natural não constituem objeto cultural, mas o seu desdobramento é produto da experiência humana. Oposição entre a doutrina jusnaturalista e história somente existe na concepção radical do historicismo, para o qual tudo é contingente e mutável no Direito. A prevalecer tal versão, o Direito perderia a sua condição de ciência, pois esta pressupõe elementos necessários e universais. Pelo menos em relação ao Direito material é o *Jus Naturae* que garante a cientificidade do Direito. Se a presença do Direito Natural *nalei de fundo* é nítida, não se pode negar a sua influência também na formulação da lei instrumental ou processual, onde as partes devem ser tratadas com igualdade, onde ninguém pode ser julgado sem a oportunidade de defesa.

Apoiando-se em Kant, para quem não era possível derivar o *dever-ser* do *ser*, Gustav Radbruch, que se converteu ao jusnaturalismo, rebateu o positivismo, o historicismo e o evolucionismo, sob o fundamento de que derivam o *dever-ser* jurídico, respectivamente, daquilo que *é*, *foi* ou *virá a ser*.⁶

O Direito Natural não é, em si, conservador ou revolucionário. A tábua de valores que encerra deve nortear sempre o *Jus Positum*. Assim, quando este é uma projeção daquele, o argumento do *Jus Naturae* se revela conservador; quando há desarmonia entre ambos, a evocação de seus princípios se faz visando à transformação, mantendo-se, assim, de índole revolucionária. Em outras palavras, encontramos este pensamento expresso por Gustav Radbruch: “Vemos, na história, ora o Direito Natural estar a serviço do Direito Positivo, para o fortalecer ora, inversamente, ser um auxiliar na luta contra o Direito Positivo, para o reformar.”⁷

Em sua primeira fase de pensamento, quando rejeitava a tese jusnaturalista, escreveu Radbruch que a pretensão do Direito Natural de constituir-se fonte de normas universais e imutáveis não poderia ser refutada empiricamente; o argumento decisivo contra o Direito Natural não teria sido apresentado pela História do Direito ou pelo Direito Comparado, que não registram, efetivamente, igualdade nos sistemas jurídicos de diferentes povos, mas pela *teoria do conhecimento*, especificamente pela versão kantiana, que afirmou não ser a razão um depósito de conhecimentos teóricos ou de normas morais e estéticas, mas tão somente o meio de se alcançar o conhecimento e as normas.⁸ Entendendo que o universal seria apenas a categoria do direito justo, não as suas aplicações, admitia poder identificar-se aquela categoria pela expressão Direito Natural.⁹

92. DIREITO POSITIVO E DIREITO NATURAL

Enquanto as leis positivas ordenam a sociedade, o Direito Natural influencia as fontes geradoras de normas jurídicas, que devem ser receptivas àqueles princípios maiores. Importante, todavia, é que o papel do Direito Natural não se esgota em sua função indicativa. É opinião prevalente na Filosofia do Direito que o sistema de legalidade, por si só, não é suficiente, pois pressupõe ainda legitimidade e entre as fontes de legitimidade encontra-se o Direito Natural. Não houvesse oportunidade, sob certas condições, para que o Direito Natural se impusesse diretamente na ordem social, os conceitos de lei e de Direito se igualariam e razão assistiria a Hans Kelsen com a sua teoria pura do Direito. Se o Direito Natural se limitasse à função indicativa, haveríamos de concordar com Tobias Barreto, para quem “não existe um Direito Natural; mas há uma lei natural do Direito”, assim como “não existe uma linguagem natural, mas existe uma lei natural da linguagem; não há uma indústria natural, mas há uma lei natural da indústria; não há uma arte natural, mas há uma lei natural da arte”.¹⁰ Ocorre, todavia, que o Direito Natural possui também função ordenadora, que se manifesta quando se identificam, com ele, os princípios gerais de Direito; quando se autoriza o magistrado a decidir com equidade; quando se registram diferentes formas de resistência ao direito

ilegítimo.

Se no Direito Natural se destaca a atuação do filósofo e no Direito Positivo, a figura do jurista, é de reconhecer que não podem as duas ordens se apresentar como departamentos alheios entre si. A formação do Direito Positivo e a sua aplicação exigem a atuação do jurista prático e a presença do teórico, identificado este com o jurisfilósofo. Se o conjunto de princípios é alcançado pela reflexão, a sua conversão em Direito Positivo, sem se esgotar, exige o jurista prático. Como a tarefa do Direito Natural não se limita a orientar ao legislador, pois deve influenciá-la na aplicação do Direito aos casos concretos, o juiz há de possuir o pendor para a reflexão, pois a sua missão não lhe impõe o sacrifício da neutralidade axiológica.

O Direito Costumeyro, que possui alguns elementos em comum com o Direito Natural, não se confunde com este. Como as normas do Direito Natural, as costumeiras não são produções estatais e não são escritas. Embora não afluam no ordenamento jurídico tão espontaneamente quanto se propala, há muito de *natural* na sua formação. O Direito Costumeyro tende a ser uma expressão *donatural* que existe no homem e na sociedade, enquanto o Direito Natural não é uma tendência do *natural* que existe no homem, mas a própria expressão da natureza humana e não resulta do *modus vivendi* da sociedade. Neste último aspecto, impõe-se uma distinção: por consubstanciar-se em grandes princípios, o Direito Natural é aplicável com variação no tempo e no espaço. A sua região ontológica não é o mundo da cultura, conforme o Direito Costumeyro, mas o da natureza humana.

Há uma tendência no Direito Costumeyro de consagrar os princípios do justo, mas não há uma garantia a esse respeito, pois fatores diversos podem influenciar na cristalização de normas que se afastem do bem. O *Jus Naturae* é a encarnação do *justo*, que dele não se dissocia. Quando o Direito Costumeyro torna-se escrito deixa de ser consuetudinário e se transforma em Direito legal; quando consagrado em textos legislativos, os princípios do Direito Natural se convertem em Direito Positivo. No primeiro caso, tem-se o *Jus Positum* de raiz costumeira; no segundo, o *Jus Positum* com origem jusnaturalista. Em ambas hipóteses, tem-se Direito que se legitima pela fonte.

93. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO NATURAL

Para que haja correspondência entre o Direito Natural e a sua efetiva concreção, é indispensável que se identifique aquela instância superior com princípios estruturais que, em contato com a realidade fática, se desdobrem em princípios menos amplos, em normas jurídicas. Para expressar a natureza humana e, ao mesmo tempo, atender às necessidades do momento histórico, forçosamente há de reunir princípios amplamente abstratos e abrangentes, aptos à modelagem de regras sintonizadas com a práxis. As concepções jusnaturalistas atuais apartam-se do racionalismo imperante nos séculos XVII e XVIII, que convertia o Direito Natural em códigos reguladores da vida social. Hodiernamente, não se concebe o *Jus Naturae* de índole normativa, mas, a exemplo do projetado na Idade Média, em grandes princípios, a partir dos quais o legislador e o aplicador do Direito podem deduzir fórmulas menos abstratas.

Tutela à vida, garantia à liberdade e à igualdade de oportunidade, em nossa opinião, formam os princípios constitucionais do Direito Natural. Cada qual possui um núcleo de ilimitado potencial, capaz de irradiar princípios com plasticidade e poder de adaptação ao movimento social. Se colocarmos em parênteses o que há de contingente nas normas jurídicas, os princípios remanescentes hão de revelar nítida convergência àqueles focos potenciadores.

Os princípios constitucionais são acessíveis através da indução, a partir da observação das tendências comuns ao gênero humano. É fato da experiência que o homem atribui valor excelso à *vida*, dispensando-lhe especial

cuidado, tanto por instinto quanto racionalmente. Salvo exceções patológicas, o homem atua junto à natureza e desenvolve a cultura, individual e socialmente, visando à segurança de sua vida. Esta se apresenta pelo binômio *matéria e espírito* que, em uma visão realista, se interdependem. A proteção a esse bem superior se faz provendo às exigências básicas corporais e anímicas.

Pressuposto para a fruição de todos os outros bens, a vida humana é envolvida por certezas e dúvidas. Certezas quanto a sua finitude e carências; dúvidas quanto a sua origem, fim e razão fundamental. O homem questiona a vida sob o ângulo da justiça, mas dela não abdica. Qualquer ordenamento jurídico, necessariamente, há de ser concebido a partir da preocupação com a *coexistência*, ou seja, com a promoção do social e proteção à vida individual. O direito à vida se revela antecedente aos demais direitos. Consistindo a vida no binômio referido, a sua proteção não se opera exclusivamente com a criminalização do homicídio, infanticídio ou aborto. Protege-se a vida quando se pune o abandono material, preserva-se a ecologia, resguarda-se a saúde, garantem-se as condições mínimas de sobrevivência. Além da tutela estritamente biológica, a vida humana requer atenção e respeito à honra, à dignidade que lhe é inerente.

Ontologicamente distintas em suas noções, *vida e liberdade* se interdependem. A abordagem do valor vida prescinde, até certo ponto, de referência à liberdade. À medida, porém, que se aprofunda na análise, torna-se indispensável a evocação desse valor. Sendo a vida humana, fundamentalmente, um *atuar* e um *poder atuar* perenes, havemos de reconhecer que a liberdade é uma de suas condições.

Se a liberdade é fator essencial à vida, somente haverá vida onde houver liberdade. Em face da realidade exterior, a razão indica ao homem as alternativas possíveis; a escolha e realização são atos de liberdade. O Direito não proporciona efetiva proteção à vida sem a concomitante promoção da liberdade. Esta se desdobra nos planos fático e intelectual e significa autodeterminação. Liberdade é *ausência de restrição convencionalmente imposta pelo mundo exterior e não decorrente da razão*. Associamos, assim, a ideia de liberdade ao continente das relações sociais. O limite que a lei natural estabelece não constitui uma restrição à liberdade, pois esta se situa na esfera de um leque possível de atuações. Por conseguinte, o fato de o homem não possuir a faculdade de voar não configura cerceamento à sua liberdade.

Desenvolvendo-se em sociedade, a vida humana deve ser considerada no plexo das demais vidas, dentro de uma relação em que a liberdade de um não se manifesta em detrimento da liberdade de outro. *Viver em sociedade pressupõe, ao mesmo tempo, busca de proteção e espírito conformado a limitações e cobranças*. As limitações, todavia, têm também os seus limites. A parte da liberdade que os homens abdicam pela participação na sociedade não pode ser a essencial, a que diz respeito à sua própria dignidade e que é indispensável ao exercício da vida.

Tanto quanto a vida, a liberdade há de ser protegida pelo Direito. Essa tutela é necessária e não constitui dádiva do legislador, mas imperativo da razão. Por traduzir permanente anseio do homem, não é algo contingente ou fenômeno histórico. Ínsita à natureza humana, a liberdade é um bem fundamental que não se deve condicionar a ideologias, nacionalidades, mas tão somente à liberdade geral. No ordenamento jurídico brasileiro, a máxima afirmação da liberdade se acha gravada na Constituição da República Federativa, artigo 5º, item II: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.” Embora relevante, tal princípio não é suficiente para a garantia da liberdade, que exige, ainda, seja a lei substancialmente justa, e isto ocorre quando a medida legal dá efetivamente a cada um o que é seu.

O terceiro princípio que enunciamos é de natureza complementar: igualdade de oportunidade a ser promovida pela ordem jurídica. A vida e a liberdade dos indivíduos não se efetivarão plenamente se a sociedade não se achar

organizada sob a égide desse princípio. É preciso que o princípio não se limite ao texto de lei e obtenha efetividade na estrutura social. Impõe-se, por ele, não apenas a eliminação das discriminações; é preciso que se ofereça oportunidade a todas as pessoas, primeiramente para o seu desenvolvimento e formação e, depois, para alcançar posições e projetar-se socialmente em razão de seu mérito ou capacidade.

94. O DIREITO NATURAL VISTO COMO IDEOLOGIA

A tentativa de comprometer o Direito Natural com uma determinada ordem política ou econômica, para situá-lo no plano das injunções sociais, apesar de manifestar-se nos domínios da Filosofia do Direito, não foi idealizada em um processo de reflexão jurídica; não é o resultado de um pensamento amadurecido sobre os fundamentos do Direito. Tal pretensão originou-se além do território jurídico: no âmbito da doutrina marxista, nesse vastíssimo campo monopolizado pela visão econômica do universo. Não constitui, pois, articulação isolada, mas uma das muitas derivações de uma concepção genérica e abrangedora da vida social.

A teoria desencadeante dessa linha de pensamento é representada pela *interpretação materialista da história*, que faz da economia o centro de gravidade de todo o processo cultural da sociedade. Para ela, na exposição de Hans Kelsen, “*no es la consciencia (Bewusstsein) de los hombres lo que determina su existencia (Sein), sino por el contrario su existencia social (gesellschaftliches Sein) la que determina su consciencia*”.¹¹ Os meios de produção, como infraestrutura social, condicionam a superestrutura, formada pelos segmentos culturais: Direito, Moral, Religião, Política, entre outros, que são manipulados pelo fator econômico. Tais processos ocultam interesses materiais, assumindo, por conseguinte, caráter ideológico. O desdobramento dessa ideia-matriz, segundo alguns autores, alcançaria o Direito Natural, que também estaria “contaminado”, pois se relaciona com o Direito Positivo, indicando-lhe princípios básicos e alguns limites. Para o pensamento marxista “*las ideas eternas del derecho y la justicia son ilusiones*”.¹² Eugeny B. Pasukanis chegou a afirmar que seria ridículo admitir um critério eterno e absoluto para a ideia de justiça. Esta teria um alcance limitado, pois se referia apenas às relações de troca.¹³

Ao afirmar que não haveria direitos naturais inalienáveis, mas apenas algo “conveniente” para o momento histórico, Friedrich Engels representou a ideia do Direito Natural a partir de uma visão utilitarista.¹⁴ Tal pensamento foi absorvido pelos juristas soviéticos, que alegaram já não ser suficiente ao Direito burguês, em seu propósito de enganar os trabalhadores, proclamar o equilíbrio e a justiça de seus princípios. Conforme V. A. Tumánov, em obra coletiva dirigida por N. G. Alexándrov, torna-se indispensável encobrir-se o ordenamento jurídico com um “rico ornamento sociológico-filosófico, que trata de complicar *la naturaleza del Derecho y de ocultar la esencia explotadora y de clase del Derecho burgués*”.¹⁵ O Direito Natural seria um instrumento capitalista, com dupla função: justificar as mudanças contínuas que se operam na superestrutura jurídica da sociedade burguesa e pretexto para o abandono da legalidade.

A doutrina marxista, ao fixar a sua perspectiva de análise no elemento histórico, contesta o jusnaturalismo em suas diversas manifestações. Ao chamado “Direito Natural divino”, foi atribuída a função de suporte das pretensões capitalistas. Seus princípios justificavam a propriedade privada e esta promovia a desigualdade social “*supuestamente necesaria para que Dios ponga a prueba las virtudes humanas*”.¹⁶ Somente a lei burguesa seria Direito, pois apenas ela consagrava a propriedade privada e a “exploração do homem pelo homem”. Em consequência de tal premissa, a legislação socialista não seria Direito, pois não admitia tanto a propriedade privada

quanto a “exploração”. Ainda para V. A. Tumánov, “*las apelaciones que a Dios hacen los neotomistas rebosan de una refinada demagogia social*”.

Referindo-se ao jusnaturalismo da época da Revolução Francesa como “a função ideológica do direito natural função de ocultação”, Michel Mialle interpreta o papel dessa doutrina no século XVIII: “O direito racional, que se apresenta como ideal, eterno e universal, mais não faz do que ocultar a função própria e real que desempenha: permitir a passagem a um outro tipo de economia e de relação político-social, sem dizer evidentemente a favor de quem se realiza esta passagem.”¹⁷ Em relação ao século XIX, declara que as lutas travadas indicam “o caráter profundamente enganador deste pretensão direito natural, igual para todos, e promotor da dignidade humana”.

Na interpretação de V. A. Tumánov, o papel reservado ao “novo Direito Natural” – jusnaturalismo contemporâneo – difere daquele atribuído pelas teorias dos séculos XVII e XVIII, período em que a burguesia ainda não havia assumido o poder. Atualmente o pensamento dessa classe dominante recorre às ideias do Direito Natural “para defender o sistema capitalista putrefato e caduco”. As instituições vigentes se apoiam na propriedade privada e liberdade de empresa, que encontram justificação, por sua vez, na *lei mais alta*.

Abandonando o pensamento soviético e a doutrina marxista, encontramos juristas contemporâneos que, além de apresentarem o Direito Natural como objeto ideológico, colocam em dúvida a função dos valores jurídicos fundamentais, com a finalidade aberta de censurarem o sistema capitalista ou desmascararem regimes políticos. O jusfilósofo espanhol Elías Díaz, em dois escritos, revela uma acentuada preocupação em retratar a doutrina do Direito Natural como serventia do poder, como “cobertura ideológica absolutamente justificadora de uma certa ordem jurídico-positiva e de um certo estado de coisas”¹⁸ Em sua obra **El Derecho como Obstáculo al Cambio Social**, Eduardo Novoa Monreal procura rechaçar o dualismo jurídico e comprometer os valores justiça e segurança jurídica com a filosofia liberal-individualista. Para o autor chileno, tanto o Direito Natural quanto a ideia de justiça constituem “mitos”, criações utilitaristas que visam a envolver o Direito Positivo com uma aura de misticismo, a fim de impor a submissão. “É – diz Monreal – como se os grupos e classes que têm dominado nos últimos séculos as sociedades mais representativas do mundo ocidental se houvessem proposto, imitando aos bruxos das tribos primitivas, ornar as regras jurídicas destinadas a consolidar seu poder com um conjunto de virtudes secretas e de apoios intimidantes...”¹⁹

Após negar à justiça a condição de objeto do Direito, Monreal procura solapar certos princípios do mais alto sentido para a organização social: irretroatividade da lei, segurança e certeza jurídicas. Como produto do pensamento liberal-individualista, a doutrina da irretroatividade da lei possui um caráter conservador e antissocial. A presunção de que a lei nova possui maior probabilidade de traduzir as aspirações sociais, leva-o a afirmar que: “*Não tem fundamento lógico nem social a proposição de manter intangível uma situação criada ao amparo da lei antiga*”.²⁰ Ao aludir à segurança e à certeza jurídicas como valores criados pelos juristas, com o objetivo de impedirem a renovação do Direito, Monreal endossa o pensamento de Nietzsche, mais tarde consagrado como lema pelo fascismo: *vivere pericolosamente*.

Finalmente, entre os autores selecionados, destacamos o pensamento de Celso de Albuquerque Mello eminente jurista brasileiro, que enfatiza a necessidade de se reconhecer, no Direito, o seu caráter político e não “algo técnico e cientificamente neutro”. Além de identificar no ordenamento jurídico “sempre um conteúdo ideológico”, condiciona os valores justiça e segurança jurídica à política, que para ele “está acima do direito”.²¹

95. A REALIDADE DO DIREITO NATURAL

Não se cogita, nesta parte, da justificação plena do Direito Natural, mas de uma contra-argumentação limitada à tese socialista. É claro que as críticas dirigidas a essa *lei mais alta* são numerosas e diversificadas no mérito, de acordo com Norberto Bobbio, em dois grupos “*secondo che abbiano preso di mira il sostantivo o l’aggettivo, cioè abbiano negato che il diritto naturale sia diritto o che il diritto propriamente detto possa dirsi naturale*”.²²

Ao longo da história do pensamento jurídico, a ideia do Direito Natural tem sido alvo de um permanente conflito de opiniões, tal a sua importância na Filosofia do Direito e sobre os critérios de avaliação e obediência à ordem jurídica. A oposição maior concentrou-se no período correspondente à segunda metade do século passado e primeiro quartel do atual, movida, de um lado, pela doutrina jurídica, expressa no positivismo e Escola Histórica do Direito e de outro, pela teoria do materialismo histórico. Uma distância, porém, separa as duas formas de antagonismo. Enquanto o primeiro vale-se do raciocínio lógico, relacionado à Jurisprudência, os mentores do marxismo e de outras correntes socialistas fundam-se em argumentos de índole política, artificiosos, que emascaram o alcance maior de sua pretensão, que não é a de invalidar o Direito Natural em si, mas o de demonstrar a inteireza e a harmonia de toda uma filosofia englobante e explicativa da vida social.

Se é verdade que os juristas soviéticos e autores socialistas negam-se a admitir uma outra ordem jurídica além da positiva, o pensamento de Karl Marx, em relação ao Direito, não ficou suficientemente esclarecido. Neste sentido, W. Friedmann observa que “*nem Marx, nem Engels, tiveram tempo para a elaboração de uma teoria jurídica do socialismo*”.²³

Perdura uma dúvida importante, conforme Hans Kelsen menciona, se a preconizada extinção do Direito atingiria apenas o “burguês” ou seria de alcance pleno. Quanto à doutrina soviética, esta se revela inconciliável com o pensamento jusnaturalista, ponto em que estão acordes autores de diferentes tendências. Eduardo Novoa Monrea refere-se ao assunto, afirmando que: “*Las tesis de que el Derecho es una superestructura cuyo carácter es determinado, en última instancia, por las condiciones economicas de la sociedad y de que el Estado soviético no está limitado por el Derecho sino que es su creador y maestro, suponen una repulsa rotunda del Derecho Natural*.”²⁴ Em obra coletiva, o norte-americano C. C. Rodee e demais colaboradores concluem no mesmo sentido, ao salientarem que aquela doutrina rejeita os “conceitos universais de direito e de justiça” para utilizar a lei como instrumento a serviço da política nacional, de classe e de ideologia.²⁵

O equívoco fundamental, que se localiza na base das presentes objeções à *ordem superior*, consiste na tomada, para análise e crítica, de algumas concepções falhas do Direito Natural. Quando se coloca em julgamento o Direito Natural, é indispensável que se considere o objeto mediante lúcida compreensão. A existência do Direito Natural pressupõe apenas a convivência humana e não depende de teorizações. A sua fonte é a natureza humana, a *ordem natural das coisas*, e não a mente dos filósofos ou políticos. A sua compreensão é alcançada pela conjugação da experiência e razão; não emana de uma *revelação*. Não é uma entidade metafísica, algo que planeja acima dos homens. É uma ordem condicionada pela dimensão social do homem. O seu papel é preservar as condições sociais necessárias para que o *projeto aberto de existência*, que o homem constitui, se viabilize de acordo com as suas potências construtivas. Esse Direito não é normativo, mas apenas reúne princípios fundamentais, sem qualquer compromisso ou vinculação com alguma ordem política. Não é, por natureza, conservador ou revolucionário. Seus critérios atuam como bússola para o legislador. Quando o Direito Positivo se ordena conforme a *lei mais alta*, esta exerce a função conservadora. Essa aprovação não implica, contudo, imobilismo das instituições jurídicas, pois a evolução pode e deve operar-se preservando-se os princípios

fundamentais. A segurança jurídica, que encampa a certeza e a irretroatividade da lei como valor condicionante da justiça, não é um produto do Estado-gendarme; não se concilia apenas com a filosofia liberal-individualista. Representa, antes, uma aspiração comum aos homens de todas as partes e ideologias.

96. O CARÁTER NÃO IDEOLÓGICO DO DIREITO NATURAL

Da análise e reflexão encetadas no presente capítulo, resulta que o Direito Natural não possui a função de *ocultar* interesses materiais ou propósitos políticos. *Não é ideológico*. As diretrizes que traça para o Direito Positivo não decorrem de convenções humanas; seus princípios não são estabelecidos à luz de acontecimentos históricos. É claro que os seus postulados podem ser objeto de manipulação tendenciosa. Tudo depende, então, de se saber distinguir o verdadeiro do falso, o natural do artificioso, o legítimo do ilegítimo. O que não é admissível é a atitude de se identificar o Direito Natural com as interpretações ilusórias ou manobras maquiavélicas. Abandonar a ideia do Direito Natural é manifestação mais grave ainda, porque tal renúncia corresponde à tese de que não há para o Estado, qualquer limite na sua tarefa de legislar, sendo-lhe franqueadas todas as formas de totalitarismo.

Se, como vimos, a ideia do Direito Natural se mostrava inconciliável com o Direito soviético, o mesmo não se pode dizer em relação à sociedade plenamente socializada nos meios de produção. No plano da mera hipótese e utopia, se essa ideia se viabilizasse, seguida da extinção do Direito Positivo e do Estado, advindo, daí, a paz social, o que ocorreria, na prática, seria a vivência daquele Direito. Essa convergência entre o Direito Natural e o pensamento de Karl Marx não é apenas uma possibilidade, mas fato concreto, já apontado por Hans Kelsen que, sob o título *La Interpretación de Marx de la Sociedad como Doctrina de Derecho Natural* colocou-a em destaque.²⁶

O reconhecimento da existência de uma justiça absoluta, que não varia no tempo e no espaço, revela-se decorrência lógica e necessária da admissão do Direito Natural. Como este é eterno, imutável e universal em seus princípios, a justiça absoluta, alimentando-se nesses princípios, será a medida pela qual se irá atribuir “a cada um o que é seu”.

A amplitude e abstratividade dos princípios do Direito Natural não criam obstáculo à função prática desta esfera. A divergência entre os jusnaturalistas, na discriminação e dedução desses critérios, também não constitui impedimento como, equivocadamente, Michel Mialle proclama.²⁷ A Declaração Universal dos Direitos do Homem que encarna os postulados da *lei mais alta* e orienta o Direito das nações mais cultas, não obstante as restrições que sofre, é prova incontestável da efetividade do Direito Natural.

1 **Tratado de Filosofía del Derecho**. Trad. da 2. ed. Alemã. México: Nacional, 1974, p. 42.

2 STEVENSON, Leslie. **Sete Teorias sobre a Natureza Humana**. Editor Labor do Brasil S.A., 1976, p. 150.

3 **Economía y Derecho según la Concepción Materialista de la História**, cit., p. 165.

4 Op. e p. citadas.

5 RENARD, Georges. **El Derecho, el Orden y la Razón**. Buenos Aires: Ediciones Desclée de Brouwer, 1947, p. 103.

- 6 **Filosofia do Direito**, cit., v. I, p. 53.
- 7 Op. cit., v. 1, p. 70.
- 8 Op. cit., v. 1, p. 71.
- 9 Op. cit., v. 1, p. 72.
- 10 BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito e Política**. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1962 p. 48.
- 11 **Teoría Comunista del Derecho y del Estado**. 1. ed. Buenos Aires: Emecé, 1958, p. 22.
- 12 Cf. ROSS, Alf. **Sobre el Derecho y la Justicia**, cit., p. 339.
- 13 **Teoría General del Derecho y el Marxismo**. 1. ed. Colombiana. Medellin: Editorial La Pulga Ltda. 1976, p. 225.
- 14 Cf. H. SABINE, George **História das Teorias Políticas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura 1964, v. II, p. 753.
- 15 ALEXÁNDROV, N. Gy *otros*. **Teoría del Estado y del Derecho**. 2. ed. Mexicana. Editorial Grijalbo S.A., 1966, p. 377.
- 16 ALEXÁNDROV, N. G. y *otros*. Op. cit., p. 385.
- 17 **Uma Introdução Crítica ao Direito**. 1. ed. Lisboa: Moraes Editores, 1979, p. 264.
- 18 **Crítica del Derecho Natural**. 1. ed. Madrid: Taurus, 1966, p. 25.
- 19 **El Derecho como Obstáculo al Cambio Social**, cit., p. 68.
- 20 Op. cit., p. 156.
- 21 MELLO, Celso de Albuquerque *et alii*. **A Norma Jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980 p. 243 e 255.
- 22 BOBBIO, Norberto **Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico** 3. ed. Milano: Edizioni di Comunità 1977, p. 163.
- 23 FRIEDMANN, W. **Theórie Générale du Droit**. 4. ed. Paris: L. G. D. J., 1965, p. 330.
- 24 NOVOA MONREAL, Eduardo **Qué Queda del Derecho Natural?** 1. ed. Buenos Aires-Santiago: Depalma-B. Lopez, 1967, p. 51.
- 25 C. C. Rodee *et alii*. **Introdução à Ciência Política** 1. ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1977, v. I, p. 104.
- 26 Op. cit., p. 42.
- 27 “Se se aceitar a ideia de um direito natural, esta não pode ter valor, a menos que esse direito corresponda a um conteúdo idêntico para todos os autores.” Op. cit., p. 258.

Capítulo 16

POSITIVISMO JURÍDICO E SUAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS

Sumário: **97.** A Filosofia Positiva. **98.** Pensamento científico de Augusto Comte. **99.** Positivismo jurídico e suas tendências fundamentais. **100.** Positivistas e jusnaturalistas. **101.** Escola da Exegese. **102.** Escola dos Pandectistas. **103.** Jurisprudência analítica de John Austin. **104.** Positivismo crítico de I. Vanni e de G. Carle. **105.** Neokantismo de R. Stammler e de E. Lask. **106.** A posição doutrinária de Léon Duguit. **107.** Teoria Geral do Direito. **108.** Realismo jurídico norteamericano e escandinavo. **109.** O positivismo jurídico moderado de Norberto Bobbio. **110.** Niklas Luhmann e o Direito como sistema autopoietico. **111.** Poder e Direito no pensamento de Michel Foucault. **112.** Crítica de Ronald Dworkin ao positivismo jurídico analítico. **113.** Conclusões.

97. A FILOSOFIA POSITIVA

Após milênios de experiência e cultura, pensamento e reflexão, a temática filosófica quase não comporta novidade autêntica. No panorama das ciências humanas pouco há que não tenha sido ao menos intuído pelos sábios antigos. O relato recente da filosofia positiva inicia-se com a análise, na segunda metade do século XIX, da reação ao idealismo transcendental, especialmente de Hegel; o antigo, porém, recua ao século XV, com a política prática de Nicolau Maquiavel, ao século XVI, com o método experimental de Francisco Bacon, ao século XVII, com o materialismo de Thomas Hobbes. O criticismo kantiano também exerceu alguma influência, ao afirmar que o homem não é capaz de conhecer a *coisa em si* – númeno –, mas apenas o *fenômeno*, a aparência. O ressurgimento das ideias positivistas foi vigoroso e sistemático. Pretendia-se substituir o apriorismo pela experiência e a metafísica pelas ciências particulares.

Partindo-se da ideia kantiana de que o poder do espírito é limitado pela experiência, identificou-se na metodologia das ciências o objeto da filosofia. Na interpretação de Michele Sciacca, para a doutrina “as ciências da natureza devem ter um espírito filosófico e a filosofia deve ser fixada no espírito pelas ciências da natureza”.¹ A experiência foi exaltada como a via cognoscitiva de todas as coisas. O sucesso alcançado pelas ciências da natureza, que adotavam o método experimental, contagiou o espírito da época, que valorizou o fato concreto e desprezou a metafísica, além de considerar apenas o campo da matéria e adotar uma concepção mecanicista da natureza. A atitude assumida perante a ciência era de verdadeira religiosidade. A atenção a ela devotada era absoluta e acompanhada de convicção dogmática em lugar de espírito crítico.

98. PENSAMENTO CIENTÍFICO DE AUGUSTO COMTE

O filósofo Claude Henri de Saint-Simon (1760-1825), um dos teorizadores do positivismo social, exerceu importante influência na formação de Augusto Comte, naquele que viria a ser o pensador mais importante na história da filosofia positiva. Seu discípulo e secretário durante meio ano, Comte obteve, com aquela convivência, grande avanço na compreensão das ciências e, em especial, das ciências políticas. Para Saint-Simon, o processo histórico é movimento de contínuo progresso, decorrente de uma lei de sucessão alternativa de *fases orgânicas* e *fases*

críticas. O avanço social que se registra na fase orgânica emerge de um enraizado sistema de crenças, cujo declínio conduz à fase crítica, que dá ensejo, por sua vez, à nova fase orgânica. Socialista utópico, o filósofo francês interessou-se na reorganização social e cogitou de uma nova estrutura administrativa das grandes indústrias, que seriam dirigidas por sábios, industriais e operários. Saint-Simon escreveu **Memórias sobre a Ciência do Homem** (1813-1816), **Sistema Industrial** (1821-1823), **Novo Cristianismo** (1825), entre outras obras.

Inegavelmente coube à inteligência de Augusto Comte (1798-1857) a sistematização da filosofia positiva, especialmente por suas obras **Curso de Filosofia Positiva** (1830-1842), em seis volumes, e **Sistema de Política Positiva** (1851-1854). Para o pensador francês o espírito humano deve contentar-se com o mundo já dado e se ater ao campo da experiência. É indispensável, para que o conhecimento humano alcance dignidade científica, que se forme em um processo espiritual, onde se possa verificar e comprovar o nexo causal dos fenômenos na área das ciências positivas. Observando-se o método de complexidade crescente e generalidade decrescente, as ciências positivas foram classificadas na seguinte ordem: Matemática, Astronomia, Física, Química, Biologia, Sociologia. Por influência de Gall, A. Comte identificou a Psicologia com a Biologia. Ao considerar a Sociologia como ciência positiva, admitiu a existência de certas constantes e regularidades nos fatos sociais que lhe permitiam a indução de leis objetivas e válidas como as da Física. Por sua famosa *lei dos três estados*, todo conhecimento e cultura passam pelas etapas teológica, metafísica e positiva. Inicialmente, os fatos eram atribuídos à intervenção divina. Na etapa metafísica, o homem teria recorrido a entidades abstratas na justificação dos fenômenos. Finalmente, na etapa positiva, o conhecimento é explicado de acordo com os nexos de causalidade, mediante constatação da realidade. Não obstante seu caráter empírico e envolvimento apenas com os fatos concretos, o positivismo constituiu-se também em religião, cujo deus é a humanidade, *grand être*, e que visa apenas a fins estéticos e éticos. Seu culto é aos grandes homens do passado e do presente. A reforma social foi concebida mediante três princípios que se harmonizam em um laço de complementariedade: *o amor por princípio, a ordem por base e o progresso por fim*. Entre os seguidores de Augusto Comte destacaram-se: Laffite (1823-1903), Littré (1801-1881), Taine (1807-1893), Renan (1823-1892).

99. POSITIVISMO JURÍDICO E SUAS TENDÊNCIAS FUNDAMENTAIS

Nos quadros da Filosofia Jurídica a doutrina positivista se apresenta em oposição às correntes idealistas especialmente as que sustentam a existência do Direito Natural. Enquanto estas se ocupam do fundamento e legitimação do Direito Positivo, apoiando a sua validade na harmonia com princípios e valores absolutos, o positivismo procede a averiguação dos pressupostos lógico-formais da vigência. De um lado os adeptos da filosofia positiva se limitam a ordem do *ser*, do ordenamento jurídico, e emitem juízos de realidade; de outro, os idealistas que, sem desprezar o sistema de legalidade, refletem na instância ética sobre a ordem *suprapositiva* e elaboram juízos de valor. O positivismo jurídico opera com o método empírico, considerando a experiência, o real, como a fonte do conhecimento. A pesquisa deve limitar-se ao *dado e demonstrável*. Tanto quanto possível devem-se trasladar para a investigação jurídica os critérios adotados nas ciências naturais. A dedução não é a via cognoscitiva das ciências, pois o espírito deve extrair a lição dos fatos *indutivamente*. De fatos particulares deve alcançar a regra geral. Tal procedimento deve ser comum às ciências em geral. Na doutrina adversa, sem exclusão aos contributos do *real*, concebem-se princípios *a priori*, advindos da razão ou de fontes metafísicas.

No aprofundamento das principais teses positivistas revelam-se variadas tendências: *normativista, codicista, sociologista, decisionista*. Especialmente a Teoria Pura do Direito, do austríaco Hans Kelsen, de natureza normativista, exalta o significado da norma jurídica, que é o eixo em torno do qual gira a sua concepção geral sobre o

Direito. O real ou concreto é representado pelo elemento normativo. A orientação codicista, que ainda hoje impera, lamentavelmente, em pretórios, alcançou a sua fase de ouro com a Escola da Exegese, na França do século XIX. Sua formação positivista é indiscutida, pois identifica o Direito com o conteúdo do *codex*, operando apenas no plano da Dogmática Jurídica. A corrente ideológica que reduz o Direito à categoria de *fato social* é de índole positivista, e a sua exacerbação leva ao equívoco do sociologismo. Outra forma de projeção da filosofia positiva no Direito é representada pelo decisionismo, concepção generalizada nas correntes realistas, que definem o Direito em função das sentenças judiciais.

O famoso jurista-filósofo H. L. A. Hart, da Universidade de Oxford, sintetizou as teses positivistas: 1. Identificação do Direito com mandatos; 2. Não há um nexos essencial entre as esferas da Moral e do Direito; 3. O estudo dos conceitos jurídicos deve ser impermeável às reflexões sociológicas, éticas e teleológicas; 4. Dado o caráter lógico do sistema jurídico, as decisões judiciais podem ser inferidas independentemente de apoio em outros elementos, como o ético e o político; 5. Os juízos morais não podem ser emitidos ou defendidos como os que dizem respeito a fatos.²

Embora reconhecendo que o positivismo jurídico é limitado, na bibliografia científica, à análise de sua projeção lógica, o alemão Heinrich Henkel distingue três grandes tendências fundamentais na doutrina: a naturalista, a racionalista e a normativa. Os pensadores que seguem a linha do positivismo *naturalista*, além de evitarem a reflexão metafísica, orientam-se pela observação dos *fatos naturais*, revelando as ligações e leis que os comandam. Adotam o método indutivo na captação do Direito em suas relações fáticas. Para o jurisfilósofo alemão, tal método de contemplação jurídica provoca um estreitamento de visão, pois sua eficácia permite a apreensão apenas de uma parte do essencial, além de resultar na distorção da imagem do Direito. Uma outra falha consiste em que esta direção metodológica não considera o Direito como fenômeno espiritual, atendo-se apenas aos aspectos fáticos que o envolvem, pelo que se patenteia a carência de ponderação axiológica.

Para o positivismo jurídico *psicológico*, que é uma variação do naturalista, o fundamental para a elaboração do Direito seriam os fatos internos, pois o legislador há de considerar as ideias e valores realizados nos padrões de conduta social. O fenômeno jurídico seria, portanto, uma emanação do espírito. Esta corrente não se apresenta uniformemente. Para uma ala mais radical, Direito seriam as normas que os membros da sociedade reciprocamente reconhecem; para outra, constitui-se de princípios ou ideias consagradas pela elite dirigente. Onde há marca positivista? Inegavelmente, na formação empírica do Direito, que se compõe de ideias ou valores faticamente existentes. Heinrich Henkel refere-se ao positivismo jurídico *teleológico* como uma espécie desta corrente filosófica. Os interesses reais seriam a causa determinante das regras jurídicas, conforme expõe a conhecida *jurisprudência de interesses*, do inglês Philipp Heck, para quem a finalidade do Direito consiste “na satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade”.³ Não preconizou uma espécie de Direito livre, pois subordinou os tribunais aos comandos da lei. Na hipótese, todavia, de lacunas legais, o juiz deve buscar “a solução corrente na vida e que mais útil se mostrar, e estas características encontram-se na obediência conforme aos interesses”.⁴ Entre as falhas que esta concepção apresenta, nota-se a incapacidade quanto às exigências de justiça, pois os interesses se revelam apenas como parte na construção do Direito, complementado por critérios axiológicos.

De acordo com o positivismo *racionalista*, o Direito é elaborado mediante atividade intelectual-lógica. Dos conceitos, através de deduções, chegam-se às proposições jurídicas e, a partir destas, às decisões judiciais. O Direito não depende do mundo social, pois é apenas ordenamento lógico. O denominado positivismo jurídico *normativo*

corresponde à doutrina que identifica o fenômeno jurídico com a norma. Nele se destaca a famosa Teoria Pura do Direito. Semelhante a esta modalidade, revela-se o positivismo jurídico *legal*, para quem os termos *lei* e *Direito* são equivalentes e toda lei é válida desde que elaborada em processo regular. Nesta modalidade de positivismo a doutrina acusa uma corrente moderada e outra radical. Para a primeira, o legislador se acha vinculado a valores e princípios ditados pela razão, vontade coletiva ou ordem constitucional. No entanto, a lei que se manifesta injusta constitui Direito formal e não carece de validade. Para a segunda, a lei é obrigatória independentemente de seu conteúdo axiológico, pois o legislador não se acha vinculado eticamente a padrões apriorísticos.⁵

100. POSITIVISTAS E JUSNATURALISTAS

Diante de uma legislação reagem diferentemente os adeptos da ideia do Direito Natural e os seguidores da filosofia positiva. Estes têm a sua atenção voltada para a interpretação e sistematização das normas jurídicas; cuidam da parte formal, técnica, com zelo na preservação do processo legislativo e respeito aos princípios constitucionais. Os positivistas estreitam o campo de abordagem do Direito, limitando-se à análise do Direito Positivo. O Direito é a lei; seus destinatários e aplicadores devem exercitá-la sem questionamento ético ou ideológico. Para eles não existe o problema da validade das leis injustas, pois o valor não é objeto da pesquisa jurídica. Quanto à justiça, consideram apenas a *legal*, mesmo porque não existiria a justiça absoluta. O ato de justiça consiste na aplicação da regra ao caso concreto. Diversamente da linha moderada, que admite o recurso aos fatos empíricos, em sua manifestação radical, os positivistas não aceitam a influência de elementos *extra legem* na definição do Direito objetivo. Praticam o puro *legalismo* ou o *codicismo*.

É válido concluir-se que o positivismo nega importância às especulações na órbita do dever ser jurídico ou que exclui relevância aos estudos de Sociologia do Direito? Indispensável, neste ponto, certa distinção. Como agente de cultura, o positivista não desconsidera a validade das reflexões éticas, nem da pesquisa sociológica, pois a lição do cotidiano revela que a evolução do Direito é a contínua busca de ajustamento normativo, ético e sociológico. Quando se critica alguma instituição jurídica, exterioriza-se insatisfação, relativamente à sistematização de normas, ao conteúdo valorativo ou à adequação aos fatos sociais. A reação positivista se manifesta contra a especulação ética, metafísica ou sociológica no momento da interpretação ou na etapa de preenchimento de lacunas. Diante do texto legal não compete ao jurista emitir juízos de valor, apenas de realidade. Não importa a estimativa do plano da lei, nem a substância fática.

O jusnaturalista requer, igualmente, o conhecimento jurídico, e para tanto desenvolve as técnicas de interpretação e de sistematização do Direito. Não se mantém desinteressado dos aspectos formais e técnicos, todavia não se limita a investigá-los. Fundamentalmente espiritualista, converge a sua atenção para o elemento axiológico. Nem toda lei é Direito. Além de atender às exigências formais e lógicas, a lei deve consagrar princípios do Direito Natural e proclamar a ordem social segundo as medidas da justiça. O jusnaturalismo extremado nega validade à lei não sintonizada na faixa do Direito Natural. Em posição menos avançada, há juristas que transigem na ordem prática em razão do valor segurança, mas o fazem apenas em determinada situação em que os valores humanos essenciais não se encontram em jogo. Podemos afirmar que o dissídio que envolve jusnaturalistas e positivistas expressa seu antagonismo diante do conflito entre justiça e segurança. Os adeptos da filosofia positiva enfatizam o valor segurança jurídica, ao passo que os partidários da ideia do Direito Natural se identificam com os imperativos do justo. Uma outra forma de exteriorização do litígio entre as duas correntes é a que se apresenta diante do problema de validade das leis injustas.

101. ESCOLA DA EXEGESE

Uma das primeiras manifestações do positivismo no campo jurídico ocorreu após a elaboração do Código Napoleão, no início do século XIX, com a Escola da Exegese, que se caracterizou pela apresentação de uma teoria hermenêutica de índole codicista. As motivações da Escola se ligam mais à promulgação do Código Civil da França do que a uma vocação positivista. Anteriormente, ao Norte daquele país seguiam-se normas costumeiras, enquanto ao Sul vigorava um *Jus scriptum* baseado no Direito Romano. O Direito francês não era uniforme e nem favorecia aos anseios de segurança jurídica. O novo Código, elaborado pelos eminentes magistrados Tronché, Portalis, Maleville e Bigot de Préaumeu, impôs-se à comunidade dos juristas tanto por sua forma esmerada quanto por sua aperfeiçoada disciplina das instituições. Tal a sua importância que induziu à formação de uma teoria da interpretação que preservava seus princípios e normas e favorecia a definição do Direito. Para a Escola da Exegese o Código representava a única fonte do Direito. O jurista deveria pesquisar o Direito vigente tão somente nas regras esculpidas no *codex*, que seria um todo perfeito e sem lacunas. Negavam aos julgadores a liberdade de recorrerem a outras fontes na busca de soluções para os casos concretos.

Como expõe Guido Fassò,⁶ o Código constituiu-se na “ponte involuntária entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico”, e isto porque, enquanto a sua origem deveu-se à crença racionalista, a sua aplicação converteu o Estado na única fonte do Direito. Entre os corifeus da Escola da Exegese projetam-se os nomes de Demolombe, Bugnet, Aubry, Rau, Baudry-Lacantinerie. O enfraquecimento da Escola da Exegese coincidiu com o envelhecimento dos códigos, já ao findar do século XIX. O desenvolvimento industrial, as mudanças na organização da sociedade, os novos desafios econômicos revelaram a insuficiência dos códigos e, conseqüentemente, provocaram o declínio das teorias codicistas.

102. ESCOLA DOS PANDECTISTAS

Semelhante à Escola da Exegese, surgiu na Alemanha, também no século XIX, a famosa Escola dos Pandectistas, formada por juristas que se dedicavam à pesquisa das Pandectas ou Digesto de Justiniano, visando à elaboração de normas positivas, conceitos, doutrinas, que influenciaram o mundo jurídico, especialmente na área do Direito Civil. Entre as noções desenvolvidas com alto poder de abstração, Orlando Gomes cita as *denegócio jurídico* e *direito subjetivo*. Para o jurista brasileiro, ao considerarem o Direito apenas como sistematização de conceitos, os Pandectistas incidiram em um *agnosticismo cultural*, deixando de considerar importantes elementos que devem participar na formação do Direito.⁷ Em sua função elaborativa, os pandectistas cultivaram a organização do sistema jurídico alemão, contribuindo com o seu esforço para a unidade do Direito, do ensino jurídico e, ainda, da política nacional. A influência da pandectística não se limitou ao Estado alemão. Repercutiu em diversos países, notadamente na Europa Meridional, Hungria e Grécia. No Brasil, influenciou a obra de Eduardo Espínola, um dos nossos mais ilustres civilistas do passado. Bernhard Windscheid (1817-1892), Heinrich Dernburg (1829-1907), Ernst Immanuel Bekker (1827-1916) figuram entre os nomes mais representativos da Escola.

O historicismo jurídico, que se desenvolveu na Alemanha, na primeira metade do século XIX e ao tempo em que florescia a Escola da Exegese na França, é de marca positivista. Negou a possibilidade de um Direito eterno e universal, pois seria próprio das instituições jurídicas o seu amoldamento aos fatos da época e do lugar. Os nomes mais representativos da Escola Histórica do Direito foram os de Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) – seu fundador –, Gustav Hugo (1764-1844) e Georg Friedrich Puchta (1798-1846), todos de nacionalidade alemã. Em 1814, Savigny publicou o livro **Da Vocação de nossa Época para a Legislação e a Ciência do Direito** onde

rebateu a proposta de Thibaut para a codificação do Direito alemão. Ao fundamentar o Direito Positivo, Savigny revelou a sua tendência positivista de natureza psicológica, especialmente quando se refere às “forças espirituais da nação”, como a única fonte legitimadora do Direito.⁸

103. JURISPRUDÊNCIA ANALÍTICA DE JOHN AUSTIN

A importância da Jurisprudência Analítica de John Austin (1790-1859), notável jurisconsulto inglês, justifica-se tanto por seu conteúdo quanto pela influência que exerceu, quer em seus patrícios Thomas Holland, William Markby e Sheldon Amos, quer na Austrália, em George Paton, na Nova Zelândia, em Sir John Salmond.

O pensamento austiniano desenvolveu-se paralelamente ao codicismo da Escola da Exegese, na França, e à Jurisprudência Conceptualista dos pandectistas, na Alemanha. O Direito foi concebido como reunião de normas que guiam o ser inteligente e impostas por outro ser inteligente superior: o soberano. O Direito levaria sempre a chancela do Estado, pois as normas são criadas pelo soberano ou mediante a sua autorização. Para Austin nada havia superior ao Estado, que não se subordinava sequer às regras jurídicas que criava. Esta afirmação foi amplamente refutada por Jellinek, autor da *teoria da autolimitação* e um dos expoentes da ideia do Estado liberal de Direito.⁹

O objeto da ciência do Direito, para John Austin, limitava-se ao exame das leis positivas, independentemente de seu valor. De outro lado, revelou-se adepto do utilitarismo, ao afirmar que a felicidade humana deve ser o alvo do governo político. Na visão de alguns juristas, a adoção da filosofia da utilidade comprometeu a coerência lógica da doutrina austiniana. Em sua *Jurisprudence*, Edgar Bodenheimer contrapõe-se à crítica, sob o argumento de que o jurisconsulto inglês distinguiu o Direito da Moral. Enquanto a Jurisprudência abordava exclusivamente as leis positivas, a Ciência da Legislação, como ramo da Ética, avaliava o conteúdo das futuras leis, operando no plano de *lege ferenda*.¹⁰

104. POSITIVISMO CRÍTICO DE I. VANNI E DE G. CARLE

O denominado *positivismo crítico* surgiu no último quartel do século XIX e prolongou-se até o início da centúria seguinte. Florescendo na Itália, a corrente registra a tendência de se conciliarem os postulados do positivismo jurídico com o idealismo alemão. Procura preservar o Direito como fenômeno existente no campo da experiência com exigências de ordem ética. A expressão máxima da corrente é representada por Icilio Vanni (1855-1903), antigo professor da Universidade de Perusa. Entre as suas obras, destacam-se *Lezioni di Filosofia del Diritto*, que foram taquigrafadas de suas aulas e publicadas um ano após o seu desaparecimento.

Quando analisa os fundamentos da obrigatoriedade do Direito e o problema da validade das leis injustas, Icilio Vanni, de modo transparente, se identifica com a filosofia do positivismo crítico. Defendeu a tese de que o caráter obrigatório das normas se apoia na ordem jurídica preexistente. A norma jurídica emergente deve ser considerada “como o último elo de uma corrente, cujos elos precedentes constituem a ordem jurídica existente em uma certa comunidade”.¹¹ Para o jurisfilósofo, a efetividade da ordem jurídica se fundamenta na adequação das normas ao sentimento e ideias dominantes. Embora preconize a obrigatoriedade das leis injustas, Vanni reconheceu o significado dos valores para o Direito: “Realmente, é sem dúvida uma exigência ética ter o Direito um conteúdo intrinsecamente justo.”¹²

O autor de *A vida do Direito e suas relações com a vida social* (1880) – Giuseppe Carle (1845-1917) – é outro nome de expressão no positivismo jurídico crítico, ao lado, ainda, de Francesco Cosentini e Vincenzo Miceli. C

sentido de conciliação do positivismo com o idealismo de origem hegeliana é percebido nitidamente ao longo de suas ideias, como nesta passagem, em que repousa a obrigatoriedade do Direito no elemento moral: “Se o útil é um estímulo para que a lei se cumpra, a *moralidade* lhe atribui *caráter obrigatório*.”¹³ Situando o justo como intermediário entre o útil e a Moral, Carle enfatiza a sua importância, chamando-o por “ideia arquitetônica da sociedade humana”, e atribuiu-lhe, no mundo social, igual função que possui “a ideia de *medida* e de *proporção* no mundo da arte”.¹⁴

Considerando que o mundo do Direito apresenta um conteúdo *vário, transitório e particular*, Carle comete à Filosofia do Direito a tarefa de cultivar o *comum*, que existe na origem do Direito entre os povos; o *constante*, que se manifesta nas leis históricas; o *universal*, que se projeta pelos princípios da razão. Daí que o objeto da Filosofia do Direito deve consistir no estudo da gênese e desenvolvimento histórico do Direito; na pesquisa das leis constantes históricas e princípios da razão, que se sedimentam progressivamente através dos séculos de experiência.¹⁵

105. NEOKANTISMO DE R. STAMMLER E DE E. LASK

O reconhecimento da insuficiência do método empírico na condução da pesquisa científica foi o responsável pelo surgimento do neokantismo. A volta a Kant – *Zurück zu Kant!* – começou em 1860, com estudos de Kunc Fischer e, mais tarde, com a obra de Otto Liebmann – *Kant und die Epigonen* (1865) –, onde concluiu: “Portanto, devemos voltar a Kant.” Não se cuidava de um simples retorno, mas de uma releitura crítica da obra do filósofo de Königsberg. Além da absorção da tese kantiana do *apriorismo* – fórmula eclética entre o racionalismo e o empirismo sobre a origem do conhecimento –, o neokantismo assimilou a ideia de que a Filosofia passava a ser uma *teoria da ciência*, pois a esfera da realidade se achava dividida entre as várias ciências.

Em sua Introdução à Filosofia do Direito, Hans Welzel,¹⁶ acompanhado neste passo por Cabral de Moncada,¹⁷ considerou o neokantismo jurídico uma filosofia complementar do positivismo. Além de conservar o conceito de Direito desta filosofia, teria promovido a correção em sua linguagem. Após julgarem insuficientes os dados fornecidos pela experiência, os adeptos daquela corrente recorrem à *teoria do conhecimento* de E. Kant, especialmente ao seu *a priori*, a fim de elaborar conceitos e solver problemas jurídico-filosóficos. Ainda para Hans Welzel, o neokantismo não foi bem-sucedido em razão de haver mantido o conceito positivista de Direito.¹⁸

Inicialmente única, a doutrina neokantiana fracionou-se em diversas direções, sobressaindo-se a *Escola de Marburgo*, com Paul Natorp, A. Lange, H. Cohen, E. Cassirer e o jurista-filósofo Rudolf Stammler, e a *Escola de Baden* ou *Sudocidental alemã*, com Windelband, Rickert e E. Lask.

Nos domínios do Direito o nome mais representativo da corrente filosófica foi o de Rudolf Stammler (1856-1938), jurista e filósofo alemão, autor de **Economia e Direito Segundo a Concepção Materialista da História** (1896) e **Tratado de Filosofia do Direito** (1922), entre outras obras. Por seu intermédio o neokantismo distingue *ideia do Direito* de *conceito do Direito*, ambas consideradas por Stammler no objeto da Filosofia do Direito. *Ideia do Direito* é o critério pelo qual se avalia e se julga o Direito. Este, porém, não deixa de ser Direito por expressar o justo ou o injusto ou o arbitrário. Conceito do Direito é o que há de comum em todos os institutos jurídicos; é a noção permanente, comum, absoluta, “a substantividade sempre idêntica de uma parte das aspirações humanas, inseparável como tal, das aspirações, qualquer que seja seu modo de manifestar-se...”¹⁹ O conceito do Direito não pode ser apreciado pela “percepção imediata”, nem com o recurso ao método indutivo sobre uma gama de experiências jurídicas, pois a prática seria tautológica.²⁰ Necessária, sim, é a pesquisa dos fatos sociais, e não da vida jurídica,

onde surgem as noções de Direito.

Stammler definiu o Direito como “a vontade vinculatória, autárquica e inviolável”.²¹ O Direito seria uma categoria da vontade, pois não é corpo físico, nem se destina a abordar os fenômenos do espaço. Modalidade da vontade, o Direito não seria um produto dela, pois não há entre ambos uma relação de “criatura e criador”. *Vontade vinculatória* “é aquela que enlaça entre si várias vontades como meios recíprocos em suas relações”.²² Não é categoria exclusiva do Direito, mas comum às demais espécies de regras de conduta social. A norma jurídica dispõe de *autarquia*, nota que distingue o Direito das demais esferas normativas. Enquanto as regras convencionais se apresentam aos destinatários apenas como orientação de conduta, *convite*, as de ordem jurídica possuem maior pretensão de validade e se impõem incondicionalmente aos destinatários. Autarquia significa que o Direito se apresenta em forma de preceitos jurídicos. A noção de *inviolabilidade* – quarta categoria do Direito – não se refere ao plano fático e corresponde à “permanência uniforme na vinculação dos fins humanos”, pois o Direito “deve manter-se imóvel, e não dispor uma regulação nova para cada caso”.²³

Relativamente ao Direito Natural, Stammler rejeitou a concepção que atribui àquela ordem um caráter eterno imutável e universal, pois “isto é pretender o impossível”.²⁴ Sustentou a tese de um *Direito Natural de conteúdo variável*. Em **Economia e Direito**, Stammler havia criticado a teoria do *materialismo histórico* por situar o Direito como superestrutura dos fenômenos econômicos. O Direito é que condicionaria o econômico, pois seria a pré-condição da própria vida em sociedade.

Na Escola de Baden, as contribuições mais valiosas ao neokantismo jurídico partiram de Emil Lask (1875-1915), autor de diversas obras, entre as quais **Filosofia do Direito** (1915). No quadro da ontologia regional, o jurista e filósofo austríaco situou o Direito no mundo da cultura, pretendendo enlaçar fatos e valores. Sendo uma cultura empírica, a Ciência do Direito enseja um duplo método, pois o Direito tanto se revelaria como fator atuante na vida social quanto expressaria um conjunto de significados.²⁵ A Filosofia Jurídica de Emil Lask revela, implicitamente uma forma de tridimensionalismo, por Reale denominado *genérico e abstrato*,²⁶ pois admitiu que o Direito pode ser estudado sob três ângulos: como ordenamento, pela Ciência do Direito; como fato social, pela Sociologia Jurídica como valor, pela Filosofia do Direito.

O antigo professor da Universidade de Heidelberg, falecido prematuramente em um campo de batalha, pretendeu, a um só tempo, superar o empirismo jurídico, pobre por seu alheamento aos valores, e o jusnaturalismo, que operava a partir de noções absolutas. Ao término da análise sobre o método da Filosofia do Direito, Emil Lask asseverou que “o Direito Natural e o Historicismo são os dois escolhos de que deve cuidar-se a Filosofia do Direito”.²⁷

Na mesma linha de pensamento de Emil Lask é a Filosofia do Direito do alemão Gustav Radbruch (1878-1949), pertencente também à Escola de Baden. Continuator da obra do jurista e filósofo austríaco, Radbruch evoluiu em sua posição doutrinária e culminou por abraçar a filosofia jusnaturalista.

106. A POSIÇÃO DOUTRINÁRIA DE LÉON DUGUIT

A influência do positivismo comtiano no pensamento de Léon Duguit (1859-1928) é marcante. O antigo decano da Faculdade de Direito de Bordéus pretendeu uma teoria do Direito exclusivamente realista, distanciada do modelo jusnaturalista. Considerou o Direito uma ciência experimental e rejeitou os juízos de valor e concepções metafísicas.

Embora Bodenheimer classifique o pensamento de Duguit como *jusnaturalismo de coloração fortemente sociológica*, a obra do eminente escritor revela elementos identificadores da filosofia positivista.

A rejeição à ideia do Direito Natural e o propósito de criar uma teoria realista foram declarados por Duguit mas a sua pretensão de fundamentar o Direito na solidariedade ou interdependência social suscitou divergência de opiniões quanto a sua filiação doutrinária. A ideia de subordinação do Direito a uma determinada teleologia não faz parte, realmente, da direção positivista, mas em contrapartida não impõe, necessariamente, o rótulo jusnaturalista. Tudo depende do fim que se propõe e dos métodos preconizados. A noção de interdependência implica ordenamento de fatos, em disciplina de interesses sociais, enquanto o termo *solidariedade*, considerado no sentido de entrosamento social, não é também de natureza metafísica. Além de não considerar o método dedutivo na formação do conhecimento, Duguit recorreu à lição da experiência. A crítica que se pode apresentar ao jurista francês é que, havendo rejeitado juízos de valor, concebeu o Direito dentro de uma dimensão axiológica.

107. TEORIA GERAL DO DIREITO

Entre as formas de reação à metafísica surgiu, na Alemanha, ao final do século XIX, a *Teoria Geral do Direito*, com a obra dos juristas Karl Bergbohm, Adolf Merkel e Ernst Bierling. A doutrina se estendeu a outros países, como à Inglaterra, França, Espanha, Bélgica, Itália. A Jurisprudência Analítica, do inglês John Austin embora anterior ao surgimento da Teoria Geral do Direito, insere-se em igual linha programática.

De cunho positivista, os estatutos da nova disciplina se inspiraram nas ciências da natureza, de onde os cientistas jurídicos haveriam de extrair o método de trabalho. O conhecimento jurídico seria alcançado mediante o processo indutivo e a partir da análise dos fatos. A *Allgemeine Rechtslehre* não visa a interpretação ou sistematização do Direito; não é disciplina que aborda conteúdos normativos. Por seu intermédio, cogita-se de organizar o instrumental indispensável à organização do Direito Positivo. Reúne conceitos gerais e abstratos que apresentam generalidades e graus de abrangência, uma vez que podem referir-se tanto a um ramo quanto à árvore jurídica.

Embora a doutrina apresente obras da matéria onde se analisa o problema ético, como a de Jean Dabin,²⁸ não é próprio da Teoria Geral do Direito a reflexão em torno do Direito Natural e de valores jurídicos. Diferentemente da orientação proposta por Korkounov, ao lado dos métodos histórico e empírico-realista, a Teoria Geral do Direito não cogita do especulativo-idealista.²⁹ Restrita a noções universais, válidas para qualquer ordenamento, investiga os conceitos jurídicos fundamentais, aqueles que estruturam o Direito Positivo.

A importância da Teoria Geral do Direito à compreensão do fenômeno jurídico foi evidenciada por Norberto Bobbio em prefácio de obra específica da matéria. Para o autor, a Teoria Geral do Direito oferece os conceitos úteis à compreensão tanto do Direito estabilizado quanto do que se acha em transformação; tanto o do passado quanto o do futuro.³⁰

108. REALISMO JURÍDICO NORTE-AMERICANO E ESCANDINAVO

Com uma correspondência básica aos postulados positivistas, há diversas correntes que respondem pelo nome *realismo jurídico*, destacando-se principalmente o *legal realism* norte-americano e o escandinavo. O denominador comum que vincula as várias manifestações realistas consiste na adoção de um método empírico de investigação científica em que se dá preeminência à realidade concreta e se rejeita a presença de comandos ideológicos. A filiação do realismo jurídico à filosofia positiva é tão patente, que a expressão é empregada, conforme lembrança de

L. Fernando Coelho,³¹ como sinônima de positivismo e empirismo jurídicos.

Na corrente norte-americana, com maior representatividade projetam-se os juristas Karl Llewellyn e Jerome Frank. Como precursores devem ser citados os nomes de Oliver Wendell Holmes, Benjamin N. Cardozo e Roscoe Pound. A característica geral da doutrina é a valorização da prática judicial na definição do Direito e o papel secundário atribuído às disposições legais.

A ideia-matriz do *legal realism*, reconhecidamente se encontra em *Common Law* (1881), de Holmes (1841-1935), onde proclamou que “a vida do Direito não foi a lógica; foi a experiência”,³² dito que se aplica adequadamente ao sistema anglo-americano de Direito. A filosofia do Direito de Benjamin Cardozo (1870-1938) não se amolda inteiramente ao realismo, apenas oferece alguns elementos de apoio à corrente. Situou o juiz como servo da lei: “A constituição supera uma lei escrita, mas uma lei escrita, se conforme a constituição, supera a lei dos juízes.”³³ Sua filiação ao positivismo é discutível, pois indica o *bem-estar social* como causa final do Direito e acentua que a regra jurídica contrária àquele fim não é justificável.³⁴ Entre os métodos preconizados para o jurista, B. Cardozo destacou o *lógico*, o *histórico* e o *sociológico*: “A lógica, a história e o costume têm o seu lugar. Faremos o Direito conformar-se a eles quando pudermos, mas apenas dentro de certos limites.”³⁵ Sob a influência do pragmatismo do filósofo norte-americano William James (1842-1910), Roscoe Pound (1870-1964), considerado o expoente máximo da Jurisprudência Sociológica, adotou inicialmente a orientação historicista e permeou a sua doutrina com a filosofia utilitarista em que a lei era situada como fórmula a proporcionar a satisfação de interesses. Com a evolução de seu pensamento, à época da Segunda Grande Guerra, Pound abrandou a sua posição empirista mostrando-se receptivo ao idealismo da doutrina jusnaturalista. A sua preocupação com o componente sociológico é patente em sua obra: “(...) é necessário tomar em consideração as necessidades sociais e culturais que aparecem num momento e lugar determinados, com todas suas possíveis fricções, conflitos, e sob todos seus aspectos: econômico, político, religioso e moral.”³⁶

Em linguagem de alto esmero e poder de expressão, Karl N. Llewellyn (1893-1962), natural do Estado de Washington e antigo professor das Universidades de Colúmbia e Chicago, produziu importantes obras científicas, entre as quais destacam-se **The Cheyenne Way – Conflict and case law in primitive jurisprudence** (1941), em conjunto com o antropólogo E. A. Hoebel, **The Branble Busch** (1951), considerada uma valiosa introdução ao Direito destinada a estudantes. Foi autor de numerosos trabalhos publicados em revistas especializadas, como **A Realistic Jurisprudence** (1930) e **Some Realism about Realism** (1931).

Pensando que o fenômeno do anacronismo social alcança também o Direito, onde se registra um descompasso entre a lei e os fatos da época, Llewellyn reconheceu uma dupla operação na atividade judicial: de um lado, a solução prática dos casos; de outro, a preservação das regras jurídicas e a aparência de que estas inspiraram a decisão. As normas jurídicas não estariam aptas a servir de guia para a vida. Na esteira de Holmes, entendeu que o Direito seria os critérios adotados pelos juízes. Papel principal é o desenvolvido pela sociedade, que cria a sua própria ordem, à qual o Direito contribui com pequena parte. Em sua ampla formação cultural, não faltou uma reflexão sobre a presença da estética no Direito. Após conferência pronunciada na Universidade de Chicago, em 1941, publicou **Beleza e estilo no direito**, onde reputou por falsa a beleza que nos textos legais não conduz à eficiência. A estética deve estar a serviço da função: “Buscar o que só é ornamento sem levar em conta a função, equivale a procurar falsos deuses por parte de quem desempenha uma tarefa no Direito.”³⁷

O realismo jurídico norte-americano atingiu a sua fase considerada radical com a obra de Jerome New Frank

(1889-1957), autor de **Law and the Modern Mind**(1930), **What Courts do in Fact**(1932), **Save America First** (1938). Sabemos que a subordinação da atividade judicial aos planos da lei é princípio que se fundamenta no valor segurança jurídica, na reconhecida necessidade de se obter a *certeza jurídica*. Tal valor se apresenta, assim, como freio à liberdade discricionária dos juízes na solução dos feitos que lhe são afetos.

Em seu exacerbado antiformalismo, Frank identificou o Direito com as decisões judiciais, não obstante reconhecesse que a prática judicial levava à incerteza jurídica, tal a imprevisibilidade do teor das sentenças, que não são ditadas pela razão, mas fruto de intuições alcançadas antes de sua prolação. A incerteza do Direito não acarretaria, porém, um efeito catastrófico na vida das pessoas. Em seu livro **Law and the Modern Mind**, Frank recorreu ao método psicológico para combater o *mito jurídico* da certeza do Direito, atribuindo o anseio de estabilidade jurídica a um condicionamento infantil. O sentimento de garantia e firmeza que a autoridade paterna proporcionava era substituído pela expectativa de um Direito definido e certo. O jurista norte-americano pensava, ainda, que uma vez que os homens desistissem desse substituto da proteção paterna, poderiam encarar de modo racional a sua posição em face do Direito.

A doutrina do *realismo jurídico escandinavo*, que culminou na formação da Escola de Upsala e despertou interesse maior, teve como ponto de partida os estudos do sueco Axel Hägerström (1868-1939) e alcançou projeção com o pensamento dos suecos Lundstedt e Olivecrona, além do dinamarquês Alf Ross. Enquanto *legal realism* dispensou especial atenção à psicologia da atividade judiciária, os realistas nórdicos concentraram a sua reflexão fundamentalmente no papel dos tribunais em face de ordenamento jurídico. Em comum, a preferência pelo método empírico nas investigações científicas e a rejeição de valores absolutos no âmbito jurídico.

Axel Hägerström já havia desfechado a crítica aos conceitos tradicionais, notadamente aos de direito subjetivo e dever jurídico, mas coube ao seu discípulo Wilhelm Lundstedt (1882-1955) a formulação de uma filosofia nílita, que negava a ciência jurídica, tachando-a de irreal e afetada de superstição. A sua pretensão foi de extrair do Direito a superstição e o fetichismo. Criticou os dogmas jurídicos, que se assentavam na imaginação e sustentou a tese de que a única fonte do conhecimento científico era a experiência.

Lundstedt rejeitou a ideia de que o Direito se fundava na racionalidade, pois esta se manifestara apenas em estágio evoluído das sociedades humanas. Negou a existência de normas ou leis, que seriam apenas uma reunião de palavras úteis ao Estado. A distinção entre normas vigentes e ideais foi também recusada por ser uma ilusão. Acusou a crença em um Direito objetivo formado por normas como o obstáculo à formação da jurisprudência científica. Quando o jurista interpreta o Direito para aplicá-lo à realidade fática, não dispõe de um raciocínio exclusivamente centralizado no texto legal, pois empreende investigações *extra legem*, voltadas para o social, ainda quando aparentemente se utiliza cativamente das palavras da lei.³⁸ Considerando que Lundstedt reputava ilusória a existência de direitos subjetivos e deveres jurídicos, Olivecrona apontou a contradição do autor de **O Caráter não Científico da Teoria Jurídica**, que “nunca logrou evitar a falar de Direito subjetivo e dever jurídico ao examinar os problemas jurídicos”.³⁹

Em sua análise sobre a natureza do Direito, o pensador sueco Karl Olivecrona (1897-1980) identificou o fenômeno jurídico com os fatos sociais. O elemento força seria indissociável da ideia do Direito. Este não seria um conjunto de normas garantidas pela força, mas um agregado de normas relativas à força, que disciplina o exercício desta. Não haveria um fator externo aos indivíduos que dessem ao Direito o selo da obrigatoriedade. A energia desta estaria apenas na mente humana, que age sob o impulso da previsão da sanção legal. A força, em última análise, seria a fonte da obrigatoriedade do Direito. A generalidade das normas sociais possui caráter de *imperativo*

independente, enquanto as normas jurídicas se distinguem das demais espécies porque a organização que estabelecem constitui monopólio do Estado.

Olivecrona atribui grande valor à linguagem jurídica, que seria indispensável ao conhecimento dos fatos que se sucedem no mundo. As notícias de acontecimentos importantes, como atos de governo, declaração de independência de um país, vêm expressas em linguagem que reúne termos jurídicos.⁴⁰ É claro que nem toda linguagem jurídica é acessível aos leigos, mas haveria um conjunto de termos suficientemente difundidos e que têm o poder de transmitir ideias e noções de fatos. Olivecrona pensava que os conceitos jurídicos fundamentais são representados pelos direitos subjetivos e deveres. As duas categorias, porém, não existem no mundo sensível, e somente por um enfoque antimetafísico, por um estudo empírico da linguagem jurídica, é possível a identificação dos direitos e deveres jurídicos.⁴¹ Um exemplo disso são as chamadas *expressões realizantes jurídicas* – aquelas que, não se ocupando de relato de fatos, têm o poder de criar relações jurídicas –, como “doo-lhe uma coleção de livros como prêmio...”. Com tais expressões criam-se, modificam-se ou extinguem-se direitos e deveres jurídicos.⁴²

Para o danês Alf Ross (1899-1979), antigo discípulo de Hans Kelsen e, mais tarde, de Axel Hägerström considera-se Direito vigente o sistema de normas que permite a interpretação para a ação social correspondente. O sistema se funda na efetividade, no fato de que suas prescrições são obedecidas e julgadas obrigatórias. O decisivo para a caracterização da vigência é a aplicação das regras pelos tribunais. O destinatário do Direito não são os particulares, mas os tribunais. O que acusa a vigência não é o fenômeno do Direito estar em ação na sociedade, mas a aplicação pelos juízes. A análise de Alf Ross é realista no sentido de que expressa o que se passa na realidade. Assim, ao analisar a temática do aborto, considera irrelevante a conduta social e importante o comportamento dos tribunais. Para que a proibição tenha qualificação jurídica é indispensável que os tribunais assim o declarem em casos que lhe são submetidos a julgamento.

A interpretação jurídica se funda no princípio da verificação, pois a ciência do Direito é também ciência social empírica. Assim, a função exegética não pode ser guiada por princípio *a priori*. A ação dos tribunais é relevante nesse mister. Para a definição do Direito não é suficiente sabermos os precedentes judiciais, mas também a tendência dos tribunais, isto é, como as matérias deverão ser decididas na Justiça. Para Alf Ross, o Direito vigente é um conteúdo de previsões das decisões judiciais. Considera importante reconhecer que as proposições jurídicas possuem um coeficiente de relatividade, pois não se pode prever, com certeza, a modalidade de aplicação pelos tribunais. Enquanto para a doutrina tradicional o que fundamenta o Direito vigente é a subordinação a princípios *a priori* – Direito Natural ou norma pressuposta –, em sua opinião a vigência é matéria afeta à aplicação.

Quando Alf Ross se refere a tribunais, emprega o termo em sentido amplo, para significar órgãos encarregados da aplicação do Direito, sejam juízes, administradores, promotores de justiça. Relativamente à objeção que se faz ao conceito apresentado de interpretação, que retira a possibilidade de uma crítica à decisão judicial, o jurista-filósofo dinamarquês pondera: “Esta objeção repousa em um mal-entendido. As ideias desenvolvidas aqui não impedem que se qualifique uma decisão de equivocada. Esta se patenteia quando em desacordo com o Direito vigente (...) resultando que o mais provável é que no futuro os tribunais se apartem dessa decisão. Em alguns casos é possível prever isto com um alto grau de certeza; por exemplo, se é obvio que o tribunal aplicou por erro uma lei derogada.”⁴³

Entre outras razões que se possam apontar, os realistas nórdicos se filiaram à macrocorrente positivista, de vez que, além de situarem a coação como um dos elementos do Direito, negaram a ideia de justiça. Em suas concepções o Direito é mais um conjunto de fatos do que uma seleção normativa. A doutrina tentou dissolver o normativismo.

109. O POSITIVISMO JURÍDICO MODERADO DE NORBERTO BOBBIO

O jusfilósofo e cientista político italiano Norberto Bobbio (1909-2004) legou à humanidade uma vasta e valiosa produção científica, voltada especialmente para os domínios da Filosofia do Direito e Ciência Política. Especificamente sobre o tema *sub examine* é autor de importante obra, intitulada **O Positivismo Jurídico** – Lições de Filosofia do Direito (1986), onde estuda a doutrina em seus mais variados aspectos, distinguindo o positivismo jurídico como *método, teoria e ideologia*. Preocupa-se, *ab initio*, em ressaltar que o positivismo jurídico não se acha atrelado ao positivismo filosófico, embora os adeptos do primeiro o fossem, igualmente, do segundo, mas a origem de ambos foi distinta: a do primeiro, na Alemanha; a do segundo, na França. A terminologia *positivismo jurídico* seria decorrente da expressão *Direito Positivo*, que se contrapõe ao *Direito Natural*. Esta dualidade já era familiar à Filosofia Ática, notadamente a Platão e Aristóteles.

A Escola Histórica do Direito, formada, entre outros juristas, por Gustavo Hugo e Savigny, ao desenvolver a crítica veemente ao Direito Natural, na transição dos séculos XVIII e XIX, é apontada por Bobbio como doutrina preparatória do surgimento do positivismo jurídico do qual, todavia, ela se distingue. A Escola não teria sido precursora do positivismo jurídico, mas de outras correntes, como a sociológica e a realista, que se desenvolveram notadamente no pensamento anglosaxão, entre o final do século XIX e início do século XX. Estas correntes doutrinaárias se insurgiram contra a orientação do juspositivismo.⁴⁴

O positivismo jurídico, na visão de Norberto Bobbio, possui sete características fundamentais. Antes de analisá-las, impõe-se a ressalva formulada por Norberto Bobbio: As características não integram a doutrina de todos os juspositivistas; elas apenas estão acordes ou são compatíveis com o positivismo jurídico. Por outro lado, nem todos os caracteres são originais desta doutrina. Entre os jusfilósofos há os que professam o positivismo jurídico exacerbado, radical e os que adotam a doutrina mitigada. Como se verá, Bobbio se enquadra nesta última e a sua análise dos sete caracteres, a seguir exposta, foi objetiva e não, necessariamente, uma projeção de suas próprias convicções.

Antes de discorrermos sucintamente sobre os caracteres que estão presentes, em geral, na doutrina juspositivista, impõe-se uma observação preliminar: o primeiro se apresenta como *método* para o estudo do Direito; os caracteres numerados de dois a seis, versam a *teoria* do Direito e o último, desenvolve a doutrina como *ideologia* do Direito. As críticas ao juspositivismo se diversificam, pois algumas o atacam como *método*, outras tomam por alvo o discurso sobre a *teoria* e, finalmente, há opositores que se ocupam do positivismo jurídico como *ideologia*. Como o método é um caminho para se alcançar determinado fim, a crítica ao juspositivismo como método configura um *juízo de conveniência*. A crítica avalia, portanto, se o método adotado pela doutrina é conveniente ou não. Quanto à teoria, as críticas se fundam num *juízo de verdade* ou de *falsidade*, dado que as teorias visam a descrever a realidade. Cabe, então, às críticas asseverar se uma teoria está em conformidade ou não com a realidade. Quanto à ideologia, como esta não descreve a realidade não pode ser avaliada como falsa ou verdadeira, mas sim como *boa* ou *má*, *justa* ou *injusta*, pois a crítica emite *juízo de valor*. Em sua crítica, o jusnaturalismo contemporâneo opõe-se ao positivismo jurídico como ideologia.

Eis os sete caracteres considerados por Norberto Bobbio:

1) O Direito é fato e não valor e, como conjunto de fenômenos sociais, asse-melha-se ao mundo natural, motivo pelo qual os juristas devem estudá-lo pelo método aplicável ao mundo da natureza, avalorativamente, ou seja, sem emitir juízos de valor. Consequentemente, diz o jusfilósofo: “O direito é tal que prescinde do fato de ser bom ou mau, de ser um valor ou um desvalor.”⁴⁵ A questão de validade não possui qualquer conotação valorativa, pois

depende apenas da estrutura formal do Direito. A doutrina jusnaturalista, contrariamente, considera válida as normas quando consagram o valor justiça. Para o juspositivismo extremado, normas justas seriam as normas válidas, ou seja, as oriundas de fonte legítima em um processo regular.

2) Outro postulado do positivismo jurídico tem a ver com a definição do Direito, na qual o elemento *coação* é considerado essencial. Impõe-se, neste ponto, uma distinção importante: *coação* e *coercibilidade*. Aquela é a força *em ato*, enquanto esta, a força *em potência*. O mais adequado seria situar a coercibilidade, e não a coação, como elemento necessário do Direito, pois nem sempre a força é aplicada no cumprimento das normas, apenas excepcionalmente. A coercibilidade – entendemos –, além de um dos elementos que distinguem o Direito da Moral, é indispensável ao Direito, pois do contrário a efetividade deste dependeria dos espíritos evoluídos, que acatam as disposições legais espontaneamente.

3) A filosofia positivista aponta o *Jus scriptum* como a fonte por excelência do Direito. Os costumes podem constituir formas de expressão do Direito, ressalvado o *contra legem*. O pensamento positivista admite a equidade como critério judicial de definição de normas aplicáveis aos casos concretos e a natureza das coisas ou dos fatos. Esta última fonte, diz Bobbio, “*representa uma abertura inconsciente para o direito natural*”.⁴⁶

4) A concepção imperativista da norma está ligada estreitamente à compreensão legalista-estatal do Direito. Este constitui um monopólio do Estado e a sua única fonte é a lei. As normas configuram um imperativo, uma vez que impõem deveres. Enquanto Thomasius afirmava que os imperativos jurídicos, diversamente dos morais, eram sempre *negativos*, Leibniz entendia que podiam ser igualmente *positivos*. Esta opinião é aceita, hoje, pacificamente. Alguns autores declaravam que os imperativos jurídicos eram sempre heterônomos, de vez que as normas são impostas coercitivamente, enquanto os imperativos morais seriam autônomos, pois adotados e seguidos espontaneamente pelos seus destinatários. Norberto Bobbio admite, no Direito, tanto os imperativos autônomos quanto os heterônomos. Como os autônomos são determinados por quem possui o dever de segui-los, eles participam também do Direito à vista do poder negocial, pelo qual, no âmbito do Direito Privado, as pessoas firmam contratos ou emitem declaração unilateral de vontade, criando normas particulares a serem por elas cumpridas.⁴⁷

Enquanto as normas morais configuram imperativos *categóricos*, as jurídicas reúnem imperativos *hipotéticos*. As normas morais se impõem incondicionalmente e sua estrutura lógica é expressa pela fórmula “*Deve realizar A*”. *Deves dizer sempre a verdade*, eis um exemplo de imperativo categórico. O seu destinatário deve segui-lo sem ter qualquer objetivo em mente, pois a norma impõe por si mesma. Já os preceitos jurídicos seguem modelo diverso: “*Se A é, B deve ser*.” Se possuo filhos, devo prestar-lhes assistência material e moral.

Relativamente à fonte de onde emanam, os imperativos se distinguem em *pessoais* e *impessoais*. Estes seriam originários de uma coletividade, enquanto os primeiros, de uma determinada pessoa. Enquanto alguns estudiosos identificam os imperativos jurídicos exclusivamente como impessoais, pois a fonte seria sempre plural, como as normas legais, que emanam de colegiados legislativos. Para Norberto Bobbio, os imperativos jurídicos podem ser também pessoais, como, por exemplo, os decorrentes de atos de um prefeito municipal.⁴⁸

A doutrina divide os imperativos jurídicos, quanto aos destinatários das normas, em *gerais* e *individuais*. Aqueles se destinam a todos que se encontram em determinada situação, enquanto estes, a determinadas pessoas. A maioria dos autores entende que o Direito é formado apenas por imperativos gerais, opinião com a qual Bobbio não concorda, exemplificando com as sentenças judiciais. Estas criam normas que vinculam apenas os sujeitos participantes das relações processuais.⁴⁹

5) Pela *teoria do ordenamento jurídico*, os juristas devem considerar não as normas isoladamente, mas a

estrutura geral do Direito, o conjunto das normas em vigor. Segundo Bobbio, o positivismo jurídico postula a *“teoria da coerência e da completitude do ordenamento jurídico”*. Pelo princípio da coerência, a ordem jurídica não comporta disposições antinômicas, pois a presença de normas conflitantes em leis é solucionada por critérios que o próprio sistema ou a doutrina apontam. Quanto à completitude, há o postulado da plenitude da ordem jurídica, segundo o qual o Direito nunca apresenta lacunas, pois os espaços vazios que as leis apresentam devem ser preenchidos segundo as regras ditadas pelo ordenamento.

6) Pertinente à interpretação *lato sensu*, ou seja, ao método da ciência jurídica que tem por objeto não apenas a decodificação, mas ainda os processos de integração de lacunas, construção e criação do sistema, o positivismo jurídico adota a *teoria da interpretação mecanicista*. A função do jurista seria *declarar* o Direito e não a de desenvolver processos criativos. Tal característica, alvo principal de críticas dos adversários do positivismo jurídico, provocou a chamada *“batalha dos métodos”*.

7) A última característica fundamental – *teoria da obediência* – se refere ao positivismo jurídico mais como ideologia do Direito. De acordo com esta orientação, *lei é lei e, como tal, deve ser cumprida*. A postura se revela cega diante dos valores consagrados pelas normas jurídicas; estas, independentemente de seu conteúdo ou orientação, devem ser obedecidas por seus destinatários.

A educação jurídica de Norberto Bobbio, conforme o próprio autor declara, formou-se sob orientação juspositivista, em uma época em que esta doutrina dominava nos meios acadêmicos. Quanto aos três aspectos versados pelo positivismo jurídico, o jurista-filósofo acolheu integralmente o *método*, ou seja, o Direito é fato e não valor, enquanto a sua validade depende apenas de sua estrutura formal. Relativamente à *ideologia*, Norberto Bobbio se diz favorável, *“em tempos normais”*,⁵⁰ ao positivismo moderado, ou seja, o Direito não é um bem em si, mas um meio para realizar a ordem da sociedade. Esta ordem, todavia, não constitui um valor absoluto, pois, dependendo das contingências históricas, um valor superior pode surgir, como se verifica com as revoluções, que se iniciam com o rompimento da ordem vigente, substituindo-a em seguida por outra, compatível com a ideologia revolucionária.⁵¹ Quanto à *teoria*, aderiu ao positivismo em sentido amplo, rejeitando a versão em sentido estrito. Em sua opinião, três concepções constituem os pilares da teoria: a) a teoria coativa do Direito; b) a teoria legislativa do Direito; c) a teoria imperativa do Direito. Outras três possuem importância secundária: a) a teoria da coerência do ordenamento jurídico; b) a teoria da completitude do ordenamento jurídico; c) a teoria da interpretação lógica ou mecanicista do Direito. Tais concepções foram aqui analisadas quando da abordagem dos caracteres dois a seis, todos pertinentes ao positivismo jurídico como teoria.

Por fim, as inferências de Norberto Bobbio quanto aos aspectos do positivismo jurídico: a adesão ao *método* não leva à da *teoria* e a aceitação de ambas não implica à da *ideologia*. Entende, ainda, que a *ideologia* pressupõe a *teoria* e esta, o *método*.⁵²

110. NIKLAS LUHMANN E O DIREITO COMO SISTEMA AUTOPOIÉTICO

Originalmente a teoria da autopoiese se aplicava apenas ao mundo natural, especialmente para explicar o fenômeno biológico. Elaborada pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, a teoria mecanicista parte da ideia central de que a vida de todos os seres somente pode ser explicada por sua organização interna, por elementos ligados à sua autoprodução, ao seu funcionamento e relação com o meio ambiente. A etimologia do vocábulo *autopoiese* é expressiva, pois deixa à mostra o núcleo da teoria: do grego *autós* (por si próprio) e *poiesis* (criação, produção). Os sistemas autopoieticos são também tratados por sistemas autorreferenciais.

A autopoiese representou um rompimento com a ideia de que a conservação e a evolução da espécie eram determinadas, fundamentalmente, pelo meio ambiente.

Posteriormente, a teoria foi estendida às ciências sociais em geral. A evolução se processou por inferências do sociólogo alemão Niklas Luhmann (1927-1998), que não se limitou a recepcionar a teoria, promovendo algumas adaptações. Para Luhmann a autopoiese possui três momentos interdependentes: a *autorreferência*, a *reflexividade* e a *reflexão*. A autorreferência significa que os elementos do sistema são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema, mediante interação *circular e fechada*. Apesar de o princípio vital ser comum aos fenômenos biológicos e sociais, exclui-se a possibilidade de interação entre os sistemas biológicos e os sociais, não ocorrendo, destarte, um reducionismo biológico na teoria sociológica. Por reflexividade, também denominada autorreferência processual, entende-se a referência que um processo faz de si próprio, como a decisão de decidir ou a normatização da normatização. Como os três momentos são interdependentes, a reflexão pressupõe a autorreferência elementar e a reflexividade e, conforme Marcelo Neves, “*é o próprio sistema como um todo que se apresenta na operação autorreferencial, não apenas os elementos ou processos sistêmicos*”.⁵³

A autonomia do sistema se explica pela forma independente de se reproduzir. O sistema jurídico, por exemplo, não seria o conjunto de normas, mas o modo pelo qual pode ser criado pelo próprio Direito. Cada sistema, na visão de Luhmann, possui um código binário pelo qual se identifica. O do Direito é formado pelo dualismo *legal/ilegal*, em ciências pelo esquema *verdadeiro/falso*, na Economia pela alternativa *lucro e não lucro*, na Moral pela oposição *bem/mal*, na Política pela dicotomia *poder/não poder*.⁵⁴ O código binário delimita cada sistema, indicando o sentido de cada qual.

Com base nesses estudos, Gunther Teubner (1944) aplicou o sistema autopoietico na esfera jurídica, não sem adotar, em alguns pontos, orientação diversa da seguida por Luhmann. A autopoiese que, na visão de Luhmann, se forma por aqueles três momentos interdependentes, na compreensão de Teubner ganha um conceito mais amplo, “*como enlace hipercíclico de elemento, processo, estrutura e identidade*”.⁵⁵

A autorreferência como *princípio vital* estaria presente na esfera jurídica, pois só o Direito pode dizer se uma conduta está conforme o Direito e arrolar os requisitos de validade. A autopoiese jurídica admite, entretanto, uma *abertura cognitiva*, na medida em que o sistema jurídico se comunica com o meio ambiente, a Moral, a Política, a Economia, entre outros sistemas.

Uma vez que a validade do Direito depende exclusivamente de sua organização interna, os preceitos serão sempre válidos se em conformidade com o Direito. Tal assertiva deixa claro o matiz juspositivista do sistema autopoietico aplicado à esfera jurídica.

A teoria autopoietica considera o Direito um sistema fechado, autoproduzido, pois o método de elaboração dos institutos jurídicos é por ele próprio definido. Diversamente, a teoria dos sistemas vê o Direito como realidade aberta e conectada ao meio ambiente pelo qual é influenciado. A flexibilidade do sistema provoca a intervenção regulatória, com vista ao restabelecimento do equilíbrio sistêmico. A possibilidade de intervenção política passou a gerar toda sorte de crítica, algumas alegando excessos da autoridade e outras, a sua ausência ou inadequação de medidas. Tal situação favoreceu, na opinião de Gunther Teubner, a ideia de auto-organização, o surgimento da autopoietica.⁵⁶

111. PODER E DIREITO NO PENSAMENTO DE MICHEL FOUCAULT

Michel Foucault (1926-1984) não é considerado um filósofo do Direito nem jurista, mas ao longo de sua produção científica há referências esparsas sobre o fenômeno jurídico que autorizam a análise de sua compreensão

do Direito. Em suas reflexões sobre as práticas da razão e a sua história, Foucault oferece elementos para o encaminhamento de dois problemas pertinentes à Filosofia do Direito. Um se refere ao sentido da indagação se o Direito possui uma história; o outro diz respeito à crítica da legalidade sem, com isto, incidir em um jusnaturalismo. Esta segunda abordagem, na interpretação de François Ewald, configura um juspositivismo crítico.⁵⁷ Os estudos iniciais de Michel Foucault se concentraram nos campos da Psicologia e Psiquiatria, saber que o capacitou a escrever, mais tarde, a obra **Vigiar e Punir** (1975) e a integrar o Grupo de Informação sobre Prisões.

A filosofia de Michel Foucault é identificada por François Ewald, um de seus principais estudiosos, como um *positivismo crítico*, que enseja dupla leitura: uma pessimista, pois sugere um relativismo absoluto, a perda de todos os valores; outra, otimista, dado que pode levar à crença de que a ordem dos valores é retomada após o saber, a moral e o Direito “*viverem no elemento da batalha perpétua*”.⁵⁸

Admirador do pensamento de Friedrich Nietzsche (1844-1900), Foucault assimilou as críticas do filósofo alemão ao Estado e à função do poder. Nietzsche já afirmara, em **Assim falava Zaratustra**, que “*O homem só começa onde acaba o Estado*” e, pertinente ao Direito, este não seria um instrumento ético contra a força, mas um meio de eternizá-la a favor dos fortes.

O Direito, para Foucault, seria um mero catalisador das relações de poder, daí a sua conclusão de que a verdadeira questão não estaria no Direito, mas no poder.⁵⁹ Ao desenvolver suas ideias sobre a presença da força no Estado, Foucault reproduz a crítica marxista: o Direito seria um instrumento de domínio dos mais fortes. Se o Estado desempenha esta função, não se poderia atribuir um grande valor ao Estado de Direito. Na realidade este seria um engodo. Dado o papel nocivo do Direito na sociedade, “*Foucault só pode ver o direito como um edifício a destruir*”.⁶⁰

Se Foucault não reconhecia no Direito um instrumento de justiça social, mas fonte legitimadora da força repressiva, natural que o seu foco de estudo não fosse o Direito em si, mas o desenvolvimento das práticas de julgamento. O Direito passou a ser pensado não ontologicamente, mas como categoria de julgamento.

Na perspectiva nominalista, atribuiu ao Direito, ao Estado e ao poder a condição de *universais abstratos*, negando-lhes *essencialidade* ou a condição de conceitos verdadeiros. O Direito, portanto, não existiria; seria apenas um nome ou práticas a se realizarem. Caberia à Filosofia do Direito explicar porque as práticas jurídicas, em uma época, se apresentam de um modo determinado.

Importante na concepção de Foucault é a *regra de juízo*, que tem para a ordem jurídica significado semelhante ao da norma fundamental para Hans Kelsen. Como esta última, a regra de juízo é *suposta*. Na observação de François Ewald, “*ela é a condição de possibilidade de uma ordem jurídica*”. A regra de juízo pode ser definida por um juízo negativo: o Direito, como normas impostas pelo Estado, não existe sem um *direito do direito*.⁶¹

Norma é um termo utilizado pelo filósofo como referência ao *ser* e, em especial, nos domínios da Medicina para distinguir o indivíduo normal do anormal. Em relação às instituições jurídicas, com a sua atenção voltada para a área criminal, a sua atitude é de um ceticismo exacerbado quanto ao cumprimento das leis e a imposição destas pelos tribunais.

Com a era da codificação, superveniente à Revolução Francesa, pensava que as constituições e códigos são elaborados e revistos no propósito de permitir ao poder a sua função normalizadora.

112. CRÍTICA DE RONALD DWORKIN AO POSITIVISMO JURÍDICO ANALÍTICO

Um dos críticos mais tenazes do positivismo e do utilitarismo, na atualidade, é o norte-americano Ronald Dworkin (1931-2013), sucessor do jusfilósofo H. L. A. Hart na cátedra da Universidade de Oxford. Adepto do *liberalismo individualista*, Dworkin sustenta a tese de que os direitos individuais são essenciais ao Direito e constituem “*trunfos políticos em mãos dos indivíduos*”.⁶² Ao mesmo tempo nega à *liberdade* a condição de um direito fundamental, dado que o Estado pode limitar o seu exercício em favor de políticas de bem-estar social. Este é um ponto falho na doutrina de Dworkin, pois ao Estado não é dado cercear o direito à liberdade no que diz respeito à sua essencialidade, mas apenas aos seus aspectos contingentes, secundários, não atentatórios à dignidade da pessoa natural. O princípio da igualdade, pelo qual há de haver igual respeito e consideração a todos os indivíduos, é ideia central do *liberalismo igualitário* de Dworkin.⁶³

Dworkin opõe-se à filosofia positivista, especialmente à de seu antecessor na cátedra, ao criticar a tese da separação absoluta entre o Direito e a Moral e não admitir a rejeição aos princípios de justiça material preestabelecidos.⁶⁴ Coloca-se contrário à filosofia de Bentham ao negar a separação entre a ciência dogmática, que tem por objeto a descrição do ordenamento, e a política jurídica.⁶⁵

O utilitarismo, ao priorizar os fins coletivos e situar os direitos individuais em plano secundário, foi rebatido por Dworkin. Para ele, os objetivos sociais devem ser implementados desde que não se revelem nocivos aos direitos individuais.

Para Dworkin, os positivistas cometem o equívoco de conceber o Direito apenas como conjunto de normas desconsiderando as diretrizes e os princípios. Esta seria uma compreensão unilateral, falha, incapaz de proporcionar uma visão plena e satisfatória do fenômeno jurídico. As diretrizes constituem as metas sociais a serem alcançadas, enquanto os princípios fornecem substrato às normas, orientando o legislador na elaboração dos textos e, posteriormente, aos juízes. No conflito entre a literalidade do texto e os princípios os juízes devem optar por estes. Os positivistas se mostram incapazes de promover a correta interpretação do Direito, dado o fato de isolarem o campo do Direito da esfera da Moral.

A doutrina de Dworkin, embora se oponha ao positivismo, não se identifica com o jusnaturalismo, pelo menos em sua concepção clássica, pois contesta a existência de princípios universais e imutáveis. Embora duvidoso o intento de Dworkin, este pretende eleger uma *terceira via* entre o positivismo e o jusnaturalismo, buscando fundamentos no *modelo reconstutivo* de John Rawls.

O positivismo extremado de H. L. A. Hart foi objeto de severas críticas de Dworkin, especialmente no tocante à tese do poder discricionário dos juízes diante da omissão legal. Como o Direito se manifestaria somente nas normas, os juízes não contariam com outras fontes para o julgamento das questões. Para Dworkin, como o Direito se compõe de *normas, diretrizes e princípios*, a tese do poder discricionário resta sem fundamento. A prática judicial, por outro lado, ao se orientar pelos precedentes, que exercem uma “*força gravitacional*” nas decisões, se contrapõe à tese positivista do *poder discricionário* dos juízes.

Por outros fundamentos a tese do poder discricionário também é rebatida: os juízes carecem de legitimidade para a criação das normas e, com mais razão, para impô-las retroativamente nos casos concretos. Toda vez que é dado ao juiz criar a norma aplicável à questão *sub judice* haverá a retroatividade do critério: após o fato ocorrido, o litígio instaurado, a norma reitora será criada. A democracia constitui uma barreira à tese de Hart, pois exige a separação dos Poderes. Preocupado com a preservação do valor *segurança jurídica*, Dworkin destaca a

incerteza como uma das marcas do positivismo ao sustentar a tese do poder discricionário.

O pragmatismo foi objeto de críticas, uma vez que Dworkin o identifica como uma “*concepção cética do direito porque rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas genuínas, não estratégicas*” e, sem se contrapor à moral, preconiza para os juízes qualquer método que seja capaz de provocar “*a melhor comunidade futura*”. De acordo com esta teleologia, o pragmatismo não rejeita qualquer teoria indicadora de uma sociedade melhor, mas, em contrapartida, “*não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas*”.⁶⁶ O pragmatismo implica a outorga de poderes de criação aos juízes, que teriam a liberdade de julgar em conformidade com o seu ponto de vista sobre o que atenderia melhor aos interesses da sociedade.

Em sua opinião, toda teoria do Direito deve reunir duas funções: uma *descritiva* e outra, *prescritiva*. Pela primeira, expõe as normas jurídicas vigentes; pela segunda, indica os critérios a serem adotados diante da omissão das fontes.

Na doutrina de Ronald Dworkin, os princípios não são inutáveis nem possuem uma hierarquia. Sua aplicação não é automática, daí ser possível que, na prática, determinados princípios possam fundamentar soluções diferentes, hipótese esta que impõe aos juízes a avaliação de qual deles deverá prevalecer. Como anota Calsamiglia, o “*reconstrucionismo conduz à busca incessante de critérios objetivos*”.⁶⁷

Ao expor a sua *tese dos direitos*, o jusfilósofo desenvolve a sua linha de argumentos considerando uma causa submetida à decisão judicial. Eis as diferentes etapas: 1) No litígio há sempre um direito a ser reconhecido, cabendo ao juiz a tarefa de indicar a sua titularidade, ou seja, o vencedor da causa; 2) Esse direito existe sempre, ainda que não haja norma jurídica que o aponte; 3) Nos casos denominados *difíceis* (*a hard case*), quando os juízes não dispõem de normas para solucioná-los, as decisões devem ser tomadas com base em *princípios*; 4) Os fins coletivos, diversamente do que sustentam os utilitaristas, se subordinam aos direitos individuais e aos princípios em que se fundamentam; 5) Nas decisões baseadas em princípios, os juízes não criam os direitos, nem se verifica a retroatividade dos critérios.

Esta função judicial, que segue o modelo da *resposta correta*, atende a vários interesses importantes: não eleva o juiz à condição de fonte criadora de normas jurídicas, como preconiza o modelo positivista; preserva o princípio da divisão dos poderes; rechaça o modelo *silogístico*, que situa o juiz como autômato, que opera mecanicamente com esquemas estritamente lógicos, matemáticos; diverge do modelo *realista*, eminentemente antiformalista, segundo o qual os juízes devem projetar primeiramente a solução dos casos concretos, para depois buscarem os fundamentos de suas decisões. Para ele não há casos sem uma *resposta correta*. Na hipótese de inexistência de norma reguladora, o operador deverá recorrer aos princípios, quando então a solução não será metafísica, mas construída em conformidade com as instâncias jurídica, política e social.

113. CONCLUSÕES

O positivismo jurídico constitui um grande polo doutrinário na área da Filosofia do Direito, que reúne diversas correntes que se unem por alguns pontos em comum e se diversificam em outros. Contrapõe-se a outro polo fundamental de ideias – jusnaturalismo –, que também se divide internamente. O denominador comum das correntes positivistas registra afirmações e negativas. A firma-se que o método jurídico é o empírico, pelo qual o investigador deve observar a realidade concreta. *Dado real* – ao qual o cientista deve ater-se – é o núcleo onde se processam as dissensões. *Norma jurídica, código, fato social, fato natural, psicológico, decisão judicial*, eis algumas de suas identificações. Nega-se a validade de princípios metafísicos, de valores absolutos, de princípios que sejam

eternos, imutáveis e universais.

Se de um lado a jurisprudência positivista se ressentia da ausência do elemento ético, de outro se mostrava garantida por um método criterioso e seguro de avanço científico, que tende a afastar mitos e superstições de seu âmbito.

Na opinião de Henri Batiffol, ao impor a obediência incondicional ao Direito, o positivismo jurídico revela-se “a muralha indispensável das liberdades individuais”.⁶⁸ Pensa o escritor francês que essa doutrina favorece o exercício da liberdade ao censurar a incorporação ao Direito de uma filosofia “que será sempre contestável e contestada, com grande dano tanto para a liberdade de opinião quanto para a autoridade da lei”.⁶⁹ Tal raciocínio de Batiffol não apresenta consistência lógica e revela-se insubsistente. Da premissa analisada pode-se chegar a resultado oposto. O reconhecimento de um comando ideológico no cerne da lei permite ao intérprete e aplicador alguma flexibilidade na sua apreciação. A operação estritamente lógica não tem o poder de agasalhar, de modo suficiente, as legítimas aspirações sociais. Não há como negar a existência de ideias reitoras na lei, princípios e filosofia. Produto do espírito humano, a lei projeta consciência, pensamento, ideologia. Ora, se a lei abriga invariavelmente *filosofia*, como se subtrair ao seu direcionamento? Seria lógico admitir-se a filosofia apenas na construção do edifício jurídico, dela se apartando no momento da *leitura da lei*? A prevalecer a opinião do escritor francês, *a contrario sensu* chegaríamos à conclusão de que o Direito Natural é obstáculo à efetivação das liberdades individuais. Tão lógica quanto absurda é a inferência, mormente quando se reconhece que a proteção àquele valor e à vida humana é a *meta optata da ordem jurídica natural*.

-
- 1 FEDERICO SCIACCA, Michele. **História da Filosofia**. 3. ed. em língua portuguesa. São Paulo: Mest Jou, 1968, v. 3, p. 142.
 - 2 *Apud* GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. **Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico e Iusnaturalismo**. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, p. 42.
 - 3 HECK, Philipp. **Interpretação da Lei e Jurisprudência de Interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 13.
 - 4 *Idem*, p. 24.
 - 5 Cf. HENKEL, Heinrich **Introdução à Filosofia do Direito** 1. ed. Madrid: Biblioteca Política Taurus, 1968, p. 616.
 - 6 FASSÒ, Guido. *Op. cit.*, v. 3, p. 27.
 - 7 GOMES, Orlando. **Escritos Menores**. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 244.
 - 8 SAVIGNY, Friedrich Karl von. **Da Vocação de nossa Época para a Legislação e a Ciência do Direito, Thibaut y Savigny – La Codificación**. Madrid: Aguilar, 1970, p. 65.
 - 9 Cf. LATORRE, Angel. **Introducción al Derecho**. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1968, p. 134.
 - 10 BODENHEIMER, Edgar. **Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas**, cit., p. 114.
 - 11 VANNI, Icilio. *Op. cit.*, p. 45.
 - 12 *Idem*, p. 44.

- 13 CARLE, Giuseppe. **A Vida do Direito em suas Relações com a Vida Social** 9. ed. Madrid: Daniel Jorro-Editor, 1912, p. 427.
- 14 *Idem*, p. 427.
- 15 *Idem*, p. 23.
- 16 WELZEL, Hans. Op. cit., p. 199.
- 17 MONCADA, Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado** São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva S.A., 1950, 1º v., p. 318.
- 18 WELZEL, Hans. Op. cit., p. 199.
- 19 STAMMLER, Rudolf. **Tratado de Filosofía del Derecho**, cit., p. 2.
- 20 *Idem*, p. 63.
- 21 *Idem*, p. 117.
- 22 *Idem*, p. 89.
- 23 *Idem*, p. 116.
- 24 *Idem*, p. 9.
- 25 LASK, Emil. **Filosofía Jurídica**. Buenos Aires: Depalma, 1946, p. 56.
- 26 REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 25.
- 27 LASK, Emil. Op. cit., p. 28.
- 28 DABIN, Jean. **Teoría General del Derecho**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- 29 KORKOUNOV, M. **Cours de Théorie Générale du Droit**. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, p. 41.
- 30 BOBBIO, Norberto. **Studi per una Teoria Generale del Diritto**. Torino: Giappichelli, 1970, p. 9.
- 31 FERNANDO COELHO, L. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 272.
- 32 HOLMES, Oliver Wendell. Op. cit., p. 29.
- 33 CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo e a Evolução do Direito** São Paulo: Nacional, 1943, p. 14.
- 34 *Idem*, p. 46.
- 35 *Idem*, p. 47.
- 36 POUND, Roscoe. **As Grandes Tendências do Pensamento Jurídico** Barcelona: Ediciones Ariel, 1950, p. 36.
- 37 LLEWELLYN, K. N. **Beleza e Estilo no Direito**. Barcelona: Bosch, 1953, p. 25.
- 38 LEGAZ Y LACAMBRA, L. **Filosofía del Derecho**, cit., p. 229.
- 39 OLIVECRONA, Kar. **Linguagem Jurídica e Realidade**. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968, p. 27.
- 40 *Idem*, p. 7.
- 41 *Idem*, p. 29.
- 42 *Idem*, p. 38.

- 43 ROSS, Alf. **Sobre el Derecho e la Justicia**, cit., p. 49.
- 44 BOBBIO, Norberto **Positivismo Jurídico** – Lições de Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Ícone 1995, § 14, p. 54.
- 45 Op. cit., § 32, p. 131.
- 46 Op. cit., § 32, p. 132.
- 47 Op. cit., § 48, p. 189.
- 48 Op. cit., § 48, p. 190.
- 49 Op. cit., § 48, p. 190.
- 50 Op. cit., § 61, p. 238.
- 51 Op. cit., § 60, p. 230.
- 52 Op. cit., § 60, p. 234.
- 53 Em **Dicionário de Filosofia do Direito**, obra coletiva coordenada por Vicente de Paulo Barretto, verbete Autopoiese, ed. cit., p. 80.
- 54 Cf. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito** 1. ed. brasileira, verbete autorreferencial (Sistema). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 63.
- 55 Op. cit., p. 81.
- 56 **O Direito como Sistema Autopoiético** 1. ed. portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian 1989, p. 31.
- 57 EWALD, François. **A Norma e o Direito**. 1. ed. Lisboa: Veja, Limitada, 1993, p. 59.
- 58 Op. cit., p. 181.
- 59 Cf. BILLIER, Jean-Cassien e MARYOLI, Aglaé **História da Filosofia do Direito** 1. ed. Barueri: Manole, 2005, p. 472.
- 60 Cf. GOYARD-FABRE, Simone *apud* BILLIER, Jean-Cassien e MARYOLI, Aglaé. Op. cit., p. 393.
- 61 Op. cit., p. 62.
- 62 DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 37.
- 63 CHUEIRI, Vera Karam de. Verbetes Ronald Dworkin. Em **Dicionário de Filosofia do Direito**, obra coletiva coordenada por Vicente de Paulo Barretto. 1. ed. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 259.
- 64 Diz Ronald Dworkin: “A versão contemporânea mais influente do positivismo é a que propõe H. L. A. Hart, e é a sua versão que criticamos neste livro.” **Los Derechos en Serio**, cit., p. 34. 65 Cf. CALSAMIGLIA, A. Ensayo sobre Dworkin, prólogo da tradução espanhola de **Los Derechos en Serio**, de Ronald Dworkin, cit., p. 7.
- 66 DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 195.
- 67 CALSAMIGLIA, A. Op. cit., p. 14.
- 68 BATIFFOL, H. **A Filosofia do Direito**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1968, p. 18.
- 69 *Idem*, p. 18.

Capítulo 17

TEORIA PURA DO DIREITO

Sumário: **114.** A obra e o autor. **115.** O perfil da Teoria Pura do Direito. **116.** Os princípios de causalidade e de imputação. **117.** Norma jurídica: conceito, estrutura lógica, hierarquia. **118.** Validade e eficácia. **119.** Dever jurídico e direito subjetivo. **120.** Estado e Direito. **121.** Direito nacional e Direito internacional. **122.** Justiça e Direito. **123.** A ideia do Direito Natural. **124.** A interpretação do Direito.

114. A OBRA E O AUTOR

A partir do século XX, a Teoria Pura do Direito, do austríaco Hans Kelsen (1881-1973), vem suscitando extraordinário interesse, comparável à repercussão alcançada pelo jusnaturalismo nos séculos XVIII e XIX. Exposta originalmente em **Hauptprobleme der Staatsrechtslehre** (Problemas Capitais da Teoria do Direito Estatal), em 1911, a concepção obteve maior desenvolvimento em seus princípios com a publicação de **Reine Rechtslehre** (Teoria Pura do Direito), em 1934, e nas inovações trazidas na segunda edição, em 1960. A **Theory of Law and State** (Teoria Geral do Direito e do Estado), publicada em Cambridge, Massachusetts, em 1945, pela Harvard University Press, já significava importante avanço no pensamento de Hans Kelsen.¹ A versão definitiva do normativismo kelseniano surgiu com **Allgemeine Theorie der Normen** (Teoria Geral das Normas), vinda a lume em 1979, após o desaparecimento de seu autor. Tal obra foi publicada sob os auspícios do Instituto Hans Kelsen. Em **Teoria Geral das Normas** foram introduzidas importantes retificações na doutrina do cientista do Direito, especialmente no conceito de *norma fundamental* e na distinção entre *norma primária* e *norma secundária*. A obra de Kelsen constitui a mais elaborada e refinada teoria geral do Direito. Conquanto revele harmonia em suas linhas mestras, apresenta alguns pontos dúbios, como o da *norma fundamental* e determinadas incoerências lógicas, como a relativa à validade do Direito.

Após o doutorado em Direito, Kelsen, entre os anos cinco e onze do século XX, elaborou a Teoria Pura nascida de uma inquietação intelectual quando observava, ainda no curso jurídico, que os próprios docentes confundiam os planos do *ser* e do *dever ser*, não separando claramente o Direito Positivo do virtual ordenamento jurídico. Foi esta perplexidade que o teria conduzido à *pureza metódica* e, na opinião de Josef Kunz, “muito mais por instinto do que por estudos sistemáticos e filosóficos”.² Kelsen atribuiu à Ciência do Direito o estrito papel de analisar as normas jurídicas e divisou na Ética, Sociologia e Política a função de submeter o Direito à crítica de conteúdo.

Para a melhor compreensão das etapas evolutivas da Teoria Pura do Direito, é útil a resenha biográfica de seu autor. Referido como o *Mestre de Viena*, na realidade Hans Kelsen, de origem judia, nasceu em Praga, em 11 de outubro de 1881, radicando-se na capital austríaca a partir de três anos de idade, onde estudou e doutorou-se em Direito. No magistério jurídico, iniciou-se na Universidade de Viena, primeiramente como docente livre de Direito Público e Filosofia Jurídica (1911) e, sucessivamente, como professor extraordinário (1917) e titular (1919). Na Áustria, não desenvolveu apenas atividades teóricas. Na condição de assessor do Ministro da Guerra, redigiu

projetos de lei e mantinha estreitos contatos com o Imperador. Kelsen familiarizava-se com as questões políticas e diplomáticas, que enriqueciam a sua experiência. Em 1919, foi convidado para elaborar a Constituição da nova República da Áustria, promulgada no ano seguinte, à qual imprimiu fundo democrático e apuro técnico.³

Sob a vigência da Constituição de 1920, Kelsen, além de professor universitário, ocupou o cargo de Juiz do Corte Constitucional até 1929. No ano seguinte, aceitou convite para lecionar na Universidade de Colônia. Na Alemanha, porém, permaneceu pouco tempo, pois o regime nazista se mostrava adverso às atividades dos intelectuais. Seguidamente, Kelsen lecionou no Instituto de Altos Estudos Internacionais, em Genebra, e na Universidade de Praga, onde foi alvo de hostilidades praticadas por grupos de estudantes nazistas. Antes de radicarse definitivamente nos Estados Unidos, teve uma curta passagem em Cuba, onde proferiu um curso na Universidade de Havana.

Enquanto o primeiro perfil da Teoria Pura desenhava-se no mundo europeu, em uma fase conturbada da história universal, a doutrina atingiu o pleno amadurecimento quando o autor se instalou em Bekerley, Califórnia.⁴ Era natural que uma concepção densa de ideias e que encerrava um forte potencial de desdobramento fosse reelaborada com acréscimos e retificações. Paralelamente a esta condição interna ou subjetiva, há de se reconhecer que a transferência de Kelsen para os Estados Unidos trouxe-lhe influências culturais, com projeção em alguns pontos da Teoria Pura. Esta fora planejada à vista da experiência com o Sistema Continental de Direito, enquanto o contato com o *Common Law* induziu-lhe a repensar a Teoria em termos compreensivos de ambas tradições jurídicas. Exemplo disto é a atribuição de competência ao judiciário. Na primeira edição da Teoria Pura, embora a sua crítica às teses que minimizavam a função dos tribunais, dando-lhes um caráter apenas *declarativo* do Direito, Kelsen limitou o poder judicial à criatividade da norma individualizada.⁵ A experiência, entretanto, com o Sistema Anglo-Americano, levou-o a admitir um papel mais amplo para a jurisdição, não limitado à criação da norma individualizada, mas estendendo-se às normas gerais: “Um tribunal, especialmente um tribunal de última instância, pode receber competência para criar, através das decisões, não só uma norma individual, apenas vinculante para o caso *sub judice*, mas também normas gerais. Isto é assim quando a decisão judicial cria o precedente judicial, quer dizer: quando a decisão judicial do caso concreto é vinculante para a decisão de casos idênticos...”⁶

Não obstante a originalidade da Teoria Pura do Direito, a Jurisprudência Analítica de John Austin (1790-1859) de fundo normativista, é apontada como sua precursora. Kelsen a reconheceu em **General Theory of Law and State**, embora com a observação de que o teórico inglês não promovera a completa depuração do Direito em relação aos elementos sociológico e psicológico. No depoimento de Josef Kunz, a Teoria Pura foi elaborada por Kelsen sem o menor conhecimento da Jurisprudência Analítica, estudada por ele somente após a chegada aos Estados Unidos, em 1940.⁷

115. O PERFIL DA TEORIA PURA DO DIREITO

A Teoria Pura do Direito é doutrina que se insere tanto nos domínios da Filosofia Jurídica quanto na Teoria Geral do Direito. Na primeira disciplina, porque aborda a problemática conceptual do *Jus*; na **Allgemeine Rechtslehre**, porque não se refere a um sistema específico e analisa os elementos operacionais do Direito com abstração sociológica e de valores. É uma teoria reducionista, que identifica o Direito com a norma jurídica. Esta é a base de toda a construção jurídica. A Ciência do Direito tem por objeto o estudo de normas jurídicas; visa a revelar o ser do Direito e não o Direito ideal, o dever ser jurídico. A Teoria Pura é uma resposta a dois tipos de indagação: o que é o Direito? Como é o Direito? Não se situa no plano das especulações quanto ao dever ser, tarefa cometida

por Kelsen à Política Jurídica.⁸

A pureza metódica consiste na adstrição da Teoria a fatores estritamente jurídicos, sem a ingerência de ideologias políticas e das ciências da natureza. A exclusão do fato e valor não implica sua rejeição intelectual ou anulação de sua importância para o Direito. Faz parte da distinção kelseniana entre a Ciência do Direito e outras disciplinas que versam sobre o fenômeno jurídico. Os valores são relevantes, mas o seu reduto é a Axiologia e a Filosofia do Direito. Em igual sentido, os fatos, que devem ser considerados na Sociologia Geral e na Jurídica. A discriminação pertinente ao fato e valor se refere apenas à composição do Direito e à ciência que o estuda. Em sua atividade intelectual, Kelsen também investigou na área da Axiologia e na da Sociologia, com produção de trabalhos específicos: **Socialismo e Estado** (1923), **A Justiça e o Direito Natural** publicada inicialmente em apêndice à segunda edição de **Reine Rechtslehre** (1960).

O Direito é um agregado normativo que não requer legitimação pela instância axiológica. As normas jurídicas comportam, assim, qualquer conteúdo, e diante de seus esquemas compete ao aplicador a verificação, tão somente, dos requisitos de validade: respeito à hierarquia das fontes e um mínimo de eficácia. Kelsen não afirma que a norma jurídica dispõe de autolegitimação; mas esta é uma conclusão de ordem lógica em face de seu sistema. A busca de legitimação fora do quadro estritamente normativo foi admitida, mas como problema metajurídico a ser dilucidado em esferas espirituais (Política, Religião, Metafísica). Com a obra de 1945, passou a distinguir *valores do Direito* e *valores de justiça*. Aqueles se referiam às pautas normativas, em função das quais se qualificariam as condutas como lícitas ou ilícitas. Tal juízo de valor se inscreveria na órbita da Ciência Jurídica e, em seu aspecto abstrato, na Teoria Pura. Os valores de justiça, diferentemente, seriam subjetivos e transcenderiam os quadros da Ciência do Direito.

Emoldurados em normas jurídicas, os fatos e os valores concretos seriam contingentes em seu modo de ser. A variação dos fatos e dos valores não afetaria a juridicidade das normas, pois estas admitem qualquer referência fática e não se condicionam a valores específicos. Assim conceituado, ao Direito não estaria garantida a função de processo de adaptação social, pois este requer não apenas a imposição de normas, mas conteúdo normativo atualizado com o momento histórico. Normas anacrônicas, infere-se, seriam tão Direito quanto as normas ajustadas ética e socialmente. Se o Direito deve ser instrumento de avanço social, como reputar “Direito” a norma que obstaculiza o progresso?

A Teoria Pura, pergunta-se, autoriza ao intérprete a sua identificação com ideologias autoritárias? Embora não haja indicativo neste sentido e a Teoria se apresente eticamente neutra, é indubitável que se mostra permissiva ou um estuário do bem e do mal, do justo e do injusto, do liberal e do despótico. A sua falha radica na falta de exigências éticas, o que implica a autorização ou tolerância para que se instalem, sob o pálio da lei, regimes autoritários. A Teoria não apresenta mecanismo de resistência às normas substancialmente injustas ou formas de tutela ao Direito Natural. Não antepõe limites de validade às normas, além das estabelecidas em escalas hierárquicas. É certo que a Teoria não veda a reflexão em torno das estimativas jurídicas, mas é certo também que não a patrocina, convoca ou incentiva. O balanço valorativo seria dispensável na etapa de aplicação do Direito, salvo para os fins da exegese.

Ao eleger a norma como o *eidos* jurídico, Kelsen pretendeu fazer, na Ciência do Direito, o expurgo de elementos estranhos ao seu objeto. Sob este ângulo, oportuna a sua intervenção, pois coincidiu com um período crítico na história do Direito, em que se lhe negavam, especialmente os humanistas, foro de ciência. Dada a variedade do Direito no tempo e no espaço, faltavam-lhe universalidade e elementos necessários, que forçosamente

deveriam integrar qualquer ramo científico. A estas objeções havia respostas na Teoria Pura.

Pensamos que, enquanto em uma assembleia os parlamentares discutem a conveniência da adoção de determinados institutos em lei, o plano de análise não é o jurídico, salvo se a disquisição se referir a questão de constitucionalidade ou de harmonia do sistema. Quando os debates se travam em função da oportunidade social, o conteúdo das ideias é de natureza política ou ideológica. A partir do momento em que ocorre a definição e a lei é promulgada, o fato, o valor e a norma passam a compor o fenômeno jurídico. A afirmativa de que o Direito é apenas a norma, corresponde a uma dissociação incompreensível. Se de um lado a pureza metódica, assim concebida, possui o condão de afastar as correntes políticas da Ciência Jurídica, a esta outorgando título de autonomia, de outro, diminui a importância do Direito, atribuindo-lhe a função apenas de cancelar doutrinas. O maior prestígio do Direito seria o de legitimar teses políticas vitoriosas.

116. OS PRINCÍPIOS DE CAUSALIDADE E DE IMPUTAÇÃO

O Direito é ciência social e integra o mundo do dever ser. Não descreve fatos que ocorrem necessariamente, mas estabelece o dever ser das condutas sociais. Difere fundamentalmente das ciências naturais, que explicam fenômenos que se sucedem com regularidade. As leis da natureza são regidas pelo princípio da causalidade. No mundo natural, nada ocorre por acaso, mas devido a determinadas causas. As ciências naturais revelam a ordem do ser, daquilo que existe e que acontece, em seu encadeamento de leis invioláveis. Inicialmente, Kelsen retratou o princípio de causalidade como um nexos inexorável; posteriormente, atribuiu ao princípio apenas um alto grau de probabilidade. A conclusão a que se pode chegar, pensamos, depende do ângulo de enfoque. Se o princípio for considerado como ordenador da matéria, a sucessão entre causa e efeito há de ser vista como necessidade inevitável; se tomado como princípio de conhecimento, impõe-se o entendimento definitivo de Kelsen.

Seguindo a linha kantiana, para Kelsen o *ser* e o *dever ser* constituem duas categorias independentes e irreduzíveis. Do *ser* não se poderia derivar o *dever ser*, conforme pretensão do jusnaturalismo, com base no conceito de natureza humana. Diferentemente das leis naturais, regidas pela causalidade, a relação existente entre causa e consequência na estrutura da norma jurídica seria de *imputação*, ou seja, de coação estatal. A norma jurídica seria a expressão de um mandamento ou imperativo. A conexão entre o ilícito e a sanção não é de ordem causal. O ilícito não é a causa da sanção, nem esta é a consequência do ilícito. Aplica-se a sanção pela prática do ilícito em razão de prescrição normativa. Ocorre a interveniência da vontade. A cadeia de elos que se apresenta nas várias espécies de ordem normativa é sempre elaboração humana ou sobre-humana. Entre as leis naturais, o efeito não decorre de prescrição volitiva.

Há determinadas ciências sociais que apresentam regularidade em seus fenômenos e que por este motivo são consideradas causais, como a Psicologia e a Sociologia. Dados certos fatos, com uniformidade e constância surgem determinadas consequências. Entre estas ciências e as naturais haveria apenas uma diferença no grau de probabilidade. As ciências normativas (Direito, Moral, Religião), por não registrarem, regularmente, a sucessão de fatos e efeitos, não se subordinam ao princípio de causalidade, mas ao de imputabilidade. As ciências normativas não prescrevem normas, pois seu papel seria apenas o de estudar conteúdos normativos e os vínculos sociais correspondentes. Os indivíduos se submetem a determinada ordem normativa apenas quando esta dispõe sobre a sua conduta. Na terminologia kelseniana, eficaz é a norma que provoca adesões. Em uma ordem normativa eficaz quando ocorre o pressuposto de uma consequência, é apenas provável que esta se realize. Enquanto o nexos de condição e consequência não apresenta desdobramento na esfera normativa, esgotando-se a conexão quando à desobediência segue-se a sanção, sob o influxo da causalidade, a cadeia sequencial não apresenta um ponto final.

Kelsen rebate a opinião generalizada que condiciona a existência da liberdade a não sujeição à causalidade. O homem será livre, embora a influência das leis naturais em sua conduta, quando se converte no ponto final da imputação (recompensa, sanção). Kelsen é peremptório: “Não se imputa algo ao homem porque ele é livre, mas, ao contrário, o homem é livre porque se lhe imputa algo.”⁹

117. NORMA JURÍDICA: CONCEITO, ESTRUTURA LÓGICA, HIERARQUIA

A norma jurídica representa a categoria lógica fundamental da Teoria Pura, que a erige em unidade do ordenamento e em objeto da Ciência do Direito. Expressando um *dever ser*, a norma traduz a conduta que um indivíduo *deve* assumir em determinadas circunstâncias. Kelsen distingue norma jurídica de proposição jurídica, que também denomina por regra de Direito. Esta seria um juízo hipotético e instrumento pelo qual a Ciência do Direito descreve o seu objeto. A norma jurídica, pela nova versão da Teoria, seria um *mandamento*, um *imperativo*. Aqui radica uma das grandes alterações promovidas pela segunda edição da obra **Teoria Pura do Direito**, visto que na anterior Kelsen sustentou a tese de que a norma jurídica apresentava estrutura lógica de um juízo hipotético.¹⁰ Para o teórico austríaco, a norma conteria a determinação de uma conduta; a proposição, o seu enunciado. Além de impor o comportamento, as normas concedem permissão e atribuem competência.

A norma jurídica, em si, não ensina, apenas dispõe sobre a conduta. As proposições orientam, pois exercem função de conhecimento. Embora não constitua o essencial, o conhecimento do Direito faz parte do labor dos órgãos jurídicos. A aplicação do Direito, pelo judiciário, pressupõe o conhecimento das normas jurídicas. A tarefa do legislador exige, também, a cognição prévia do Direito.

À Ciência do Direito, Kelsen reconheceu atividade criadora. Isoladamente, as normas não chegam a formar a ordem jurídica, revelando-se indispensável a tarefa de sistematização, que se efetiva pela Ciência do Direito. A criatividade, todavia, seria de natureza exclusivamente gnoseológica. Enquanto as descrições científicas não vinculam, não estabelecem direitos e deveres e são passíveis de enganos e de acertos, as normas jurídicas determinam a conduta, impõem deveres e atribuem direitos, podendo ser qualificadas apenas como válidas ou inválidas e não como verdadeiras ou inverdadeiras.

Até à segunda edição de **Teoria Pura do Direito**, Kelsen considerou fundamental para o Direito Positivo a *norma jurídica primária*, que definia a conduta, prescrevendo a sanção correspondente. A conduta foi exposta como requisito da sanção. As normas penais seguem tal modelo: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção de três meses a um ano.” De modo inverso, a norma podia expressar a conduta socialmente exigida e para esta hipótese ter-se-ia a denominada *norma jurídica secundária*. Esta seria dispensável, pois o importante era a indicação do ilícito e sanção correspondente. Esta foi considerada elemento essencial. A norma que orienta o comportamento e se abstém de prever sanção não configura norma jurídica. A Ciência do Direito operava com ambas as espécies normativas, mas a regra secundária se apresentava como supérflua. Concebendo o Direito como ordem coativa, Kelsen reconheceu a identidade entre o teor da norma primária e o da secundária. Assim, haveria coincidência entre a norma que prescrevia sanção para a hipótese de não prestação de serviço militar e a que determina tal serviço. Em **Teoria Geral das Normas** (1979), Kelsen inverteu a terminologia das duas normas, conforme se pode verificar nas palavras do autor: “Se se admite que a distinção de uma norma que prescreve uma conduta determinada e uma norma que prescreve uma sanção para o fato da violação da primeira seja essencial para o Direito, então precisa-se qualificar a primeira como norma primária e a segunda como secundária – e não o contrário, como o foi por mim anteriormente formulado.”¹¹

Kelsen ressalta a circunstância de que o próprio Direito estabelece a fórmula de sua criação, salientando que há normas definidoras do processo legislativo e outras que dispõem sobre o conteúdo das normas *in fieri*, impondo-lhes limites e condições. A relação entre a norma reguladora e a assim gerada, designou por *suprainfraordenação*. Enquanto a norma condicionante é superior, a condicionada é de escalão inferior. A ordem jurídica congrega normas que se vinculam dentro de uma organização hierárquica. Em tal escalonamento, a validade de cada norma é garantida por outra de instância superior, à exceção da *norma fundamental*, que é fonte de validade de todas as demais. Considerando o Direito Positivo vigente, a constituição – escrita ou consuetudinária – é a norma de mais alto grau seguindo-se a lei e o costume. “O Direito legislado e o Direito consuetudinário revogam-se um ao outro, segundo o princípio da *lex posterior*.”¹² Em instância inferior, situa-se o decreto, que reúne normas gerais editadas por autoridade administrativa.

A *norma fundamental*, também chamada *hipotética* ou *grande norma*, cuja função é conferir validade à ordem jurídica, pode consistir na constituição anterior ou numa revolução vitoriosa. Diferentemente do que se passa com o Direito Natural, o conteúdo do Direito Positivo independe desta norma. Se a Teoria Pura não fornece elementos para uma apreciação do Direito sob o ângulo da justiça, o Direito Natural poderia proporcionar tal critério de aferição caso se deduzisse, da natureza, apenas um Direito Natural e não diversos e contraditórios, conforme registra a História.¹³ Apesar de alguns seguidores da Teoria Pura insistirem em descobrir substância na norma hipotética, o Mestre de Viena exclui tal possibilidade, visando o não comprometimento de sua doutrina com a Metafísica. Neste ponto há uma evidente contradição, conforme aponta Arnaldo Vasconcelos, pois sustentando a tese monista, com o Direito nacional e o internacional formando apenas um ordenamento, Kelsen teria feito distinção entre as duas esferas e atribuído conteúdo à norma básica do Direito Internacional mediante o princípio *pacta sunt servanda*.¹⁴ Para uma teoria de assento positivista, julgam alguns ser inconciliável a busca de fundamentação última em uma norma que era considerada *hipotética* até à segunda edição de **Teoria Pura do Direito**. Hans Kelsen, todavia, em **Teoria Geral das Normas**, não mais retratou a norma fundamental como *hipótese*, mas como norma fictícia: “(...) ela é uma pura ou verdadeira ficção no sentido da vaihingeriana Filosofia do Como-se, caracterizada pelo fato de que não somente contradiz a realidade, como também é contraditória em si mesma.”¹⁵

118. VALIDADE E EFICÁCIA

Na obra kelseniana, o termo eficácia é tomado como observância e aplicação de normas, fato este que nomeamos por *efetividade*; validade quer dizer condição de obrigatoriedade, certificado de que a norma preenche os requisitos indispensáveis para entrar no mundo jurídico e produzir efeitos. A validade do Direito, situado no plano do *dever ser*, por uma corrente é considerada independente da eficácia, que se localiza na esfera do *ser*. Diametralmente oposta é a teoria realista, que identifica a validade com a eficácia. Ambas as posições são condenadas por Kelsen, que as considera falsas. O equívoco da primeira está em não admitir que a eficácia é uma condição da validade, enquanto o da segunda corrente, em não reconhecer que os dois conceitos são distintos, que a norma pode ter eficácia e não ser válida. Para a Teoria Pura, não é certamente a eficácia quem confere o fundamento de validade à ordem, mas a *norma fundamental*. Esta determina que o conteúdo da constituição, sob certas condições, deve ser observado. Haveria o silogismo normativo a fundamentar a validade da ordem jurídica. A premissa maior, composta pela norma fundamental ou hipotética, é quem determina a observância da constituição *posta e eficaz*, estabelecendo um *dever ser*. A premissa menor consiste na efetiva existência de uma constituição que alcançou eficácia por si e pelas normas de outros escalões e dela derivadas. É uma afirmação na ordem do *ser*.

A conclusão implica uma proposição de *dever ser*, pois dispõe que a ordem jurídica possui validade.

Com a perda de eficácia, cessa a validade da constituição e, em consequência, a da ordem jurídica. A não aplicabilidade de uma norma singular não induz à ineficácia do ordenamento. Este permanece válido, ainda que a observância das normas se faça apenas em uma *consideração geral*. De outro lado, casos particulares de inobservância de norma singular não comprometem a validade desta. De modo coerente, Kelsen assevera que as normas em desuso – *desuetudo* – não possuem validade. Sem distinguir entre normas legisladas, judiciais e consuetudinárias, atribuiu ao desuso, que é ausência de eficácia e a quem designa também por costume negativo, poder revogador. Foi além, ao considerar que a legislação não pode excluir a força de comando jurídico pelo costume.¹⁶

Kelsen negou validade à norma que estabelecesse disposições que expressam a ordem do ser; daquilo que necessariamente acontece. A possibilidade de ruptura entre as duas ordens – *ser* e *dever ser* – é uma condição de validade da norma.

119. DEVER JURÍDICO E DIREITO SUBJETIVO

Contrastando com a teoria tradicional, que conceitua a relação jurídica como um elo entre pessoas, em virtude do qual uma delas, titular do dever jurídico, deve garantir alguma coisa à outra, titular do direito subjetivo, a Teoria Pura identifica essa relação com um vínculo normativo que enlaça a conduta de um indivíduo a um ato de coação que sanciona a conduta. Perante a doutrina tradicional, entre dever e direito não há preeminência. Nem se pode afirmar que um preceda o outro. Ambos são inseparáveis e se originam de um fato comum: o *fato jurídico*, acontecimento que instaura, modifica ou extingue a relação jurídica. Para a Teoria Pura, o dever jurídico emana da norma e se revela como a conduta inversa à que é condição da sanção. Em face do disposto no art. 155 do Código Penal Brasileiro, que prescreve sanção para quem subtrai “coisa alheia móvel para si ou para outrem”, o dever jurídico consiste na conduta inversa a esta que figura como condição da sanção. Portanto, o dever jurídico se consubstancia na conduta de não subtrair...

Enquanto os deveres jurídicos sobrepõem-se de importância, os direitos subjetivos não são considerados criação essencial do Direito objetivo. Se na teoria tradicional a cada dever jurídico corresponde um direito subjetivo, na Teoria Pura nem sempre se registra tal correspondência. Direito subjetivo existe apenas quando a ordem jurídica outorga a um indivíduo a iniciativa da ação judicial, para a hipótese de alguém praticar a conduta definida como condição da sanção. Sempre que houver um direito subjetivo, a mutação da norma geral e abstrata em norma individualizada e concreta dependerá da movimentação judicial ou administrativa de alguém, no caso, titular daquele direito. Para a doutrina tradicional, que é dualista, a distinção entre o Direito objetivo e o subjetivo é relevante. Para a Teoria Pura, ambos possuem a mesma natureza e, em seu monismo, o direito subjetivo não é mais do que um aspecto do Direito objetivo.

120. ESTADO E DIREITO

A doutrina tradicional consagra a teoria dualista, que distingue o Estado do Direito. Contra esta, insurge-se a Teoria Pura, para quem o Estado é uma ordem jurídica. A concepção dualista, para Kelsen, se acha encoberta por uma capa ideológica, pois é preciso atribuir-se identidade própria ao Estado, a fim de que possa ser convenientemente legitimado pelo Direito. O Estado seria a personificação do Direito, mas nem toda ordem jurídica seria Estado. Este se manifesta apenas quando as funções de criação e aplicação da ordem jurídica se centralizam

em órgãos especializados. A Teoria Pura não considera impossível a legitimação do Estado, apenas considera que tal tarefa não pode ser cumprida pelo Direito. Legitimação exige fundamentação ética e política. Ora, uma vez que se considere o Direito um objeto depurado de elementos extrajurídicos, não poderá ser convertido em instância legitimadora do Estado. Contra esta tese se opõe a teoria tradicional.

121. DIREITO NACIONAL E DIREITO INTERNACIONAL

Qual o nível de relação entre o Direito nacional e o internacional? A este respeito concorrem as teorias dualista e monista. A primeira, sob o argumento de que há possibilidade de contradições insuperáveis entre as duas esferas normativas, não admite a existência de uma única ordem jurídica. Assim, no âmbito de um território, os indivíduos somente poderiam ser alcançados pelas normas de seu Estado, nada representando o Direito de outros povos e o Direito Internacional. Para Kelsen, tal posicionamento é retrógrado e próprio da época primitiva, em que se considerava o estrangeiro uma pessoa inimiga. A doutrina monista, que se subdivide em duas, uma que atribui primazia à ordem nacional e outra, à internacional, reconhece que as duas esferas não são autônomas, mas que se transfundem em um ordenamento compreensivo das duas ordens.

A doutrina que atesta a supremacia da ordem interna preconiza que a validade do Direito Internacional pressupõe o seu reconhecimento interno, o que se faz, naturalmente, pela promulgação de leis ou edição de decretos. Desta forma, as normas internacionais estariam absorvidas em normas internas de um Estado. Este seria obrigado a respeitar apenas as normas internacionais incorporadas à sua legislação. Os demais Estados, de acordo com esta doutrina, só teriam personalidade jurídica na medida em que fossem reconhecidos. A Teoria Pura consagra a teoria monista com a supremacia da ordem internacional. Ao escalonamento normativo de um Estado se sobrepõe a esfera internacional, independentemente de reconhecimento interno. Quando uma norma estatal contraria a internacional, permanece válida, uma vez que o Direito Internacional não prevê qualquer processo de anulação.

122. JUSTIÇA E DIREITO

Justiça é um atributo possível de vários objetos. Quando de um indivíduo, será a expressão de uma virtude e, sob este ângulo, pertence à Moral. A justiça se manifesta na conduta social. Assim, justiça pressupõe *alteridade*. A conduta será justa quando corresponder a uma norma. A norma de justiça é norma de fundo moral. Nem toda norma moral, porém, é norma de justiça. A norma moral será de justiça quando prescrever uma conduta em face do semelhante. Para Kelsen, o juízo de valor seria aplicável apenas sobre as condutas e não sobre normas, daí não ser correto atribuir-se à norma jurídica a qualidade de justa ou de injusta.

Na linha de pensamento jusnaturalista, o Direito Positivo seria válido na medida em que correspondesse ao *Jus Naturae*. Em caso de contradição entre as duas ordens, a validade seria apenas a do Direito Natural. Para Kelsen a validade de uma norma requer apenas o seu ajustamento dentro de uma hierarquia normativa e de um mínimo de eficácia, com independência, portanto, da norma de justiça.

Indiretamente, a regra de justiça pode alcançar a formação do Direito Positivo, e isto se passa quando incide sobre a conduta de um indivíduo ou indivíduos com a incumbência de elaborar normas jurídicas. O objeto da regra de justiça não consiste, nesta hipótese, em normas jurídicas, mas na conduta que as estatui. O Direito criado em consonância com as normas de justiça tem o seu valor jurídico não por esta razão, mas em decorrência de sua adequação à norma fundamental, a qual atribui validade inclusive ao Direito estabelecido em contraposição às normas de justiça. Quando se diz que uma lei é justa ou injusta, tal juízo não pode alcançar a qualidade da lei, mas a

conduta social de quem a estabeleceu.

A relação entre a ciência e as normas de justiça foi identificada por Kelsen com a tarefa de pesquisa e estudo das afirmações históricas do justo, das representações daquilo, enfim, que os homens vêm predicando como justo ou injusto ao longo dos anos. À ciência não compete avaliar os acertos e os enganos. Indutivamente, a partir de tais constatações, cientificamente se poderá chegar à formulação de um conceito geral de justiça, que não tenha, todavia, o condão de esclarecer sobre a forma de tratamento entre os indivíduos.

Relativamente às normas de justiça, Kelsen distinguiu duas espécies: a de tipo metafísico e a de tipo racional. A primeira, por seu conteúdo e origem, escapa à experiência humana e se justifica à luz de fatos transcendentais à realidade concreta. A sua admissão não se faz por compreensão, mas pela autoridade de sua fonte. As de tipo racional, como o próprio nome induz, provêm do entendimento humano, de sua razão, e não se fundamenta, necessariamente, em instância superior. A sua origem pode ser atribuída à entidade divina, mas isto não é essencial. Para este tipo de norma de justiça, o importante é que satisfaça à inteligência do homem.

Submetendo à análise as inúmeras propostas de norma de justiça, Kelsen inicia a abordagem pelo princípio *suum cuique*, ou, *dar a cada um o que é seu*, a quem reputou como vazio de conteúdo, de vez que não expressa o que é devido. Tal norma de justiça exige uma complementação por uma ordem que defina o “seu” que é devido. A chamada *regra de ouro* – *Não faças aos outros o que não queres que te façam* – foi censurada por Kelsen, que recorreu a várias situações fáticas possíveis para demonstrar a sua insustentabilidade. Tal regra pressupõe que as pessoas afetadas por uma conduta social tenham a mesma opinião a respeito de fatos, o que constitui “uma ilusão, pois que os homens de forma alguma coincidem no seu juízo sobre aquilo que é subjetivamente bom...”¹⁷ A exemplo da fórmula *suum cuique*, a regra de ouro foi considerada vazia de conteúdo. A seguir, o Mestre de Viena submete a balanço crítico o imperativo categórico kantiano, que dispõe: “Age sempre de tal modo que a máxima do teu agir possa por ti ser querida como lei universal”. Para ele, a máxima se apresenta com uma auréola de incerteza: qual a máxima que deve ser erigida em lei universal? A fórmula de Kant, à vista de sua indefinição, reduz o imperativo ao enunciado: “Atua segundo uma lei universal.” Outra fórmula destituída de substância seria a apresentada por Tomás de Aquino: “Faz o bem e evita o mal”, que pressupõe uma ordem definidora do *bem* e do *mal*. A crença, segundo a qual a prática costumeira representa a justiça, inequivocamente entra em conflito com a doutrina kelseniana, que parte do suposto de que é impossível, da ordem do *ser*, extrair um *dever ser*. *In casu*, o costume expressa o *ser*, as normas de conduta que, na realidade, consagram determinados valores, daí a inadmissibilidade de se identificar as normas de justiça com o costume.

Kelsen também rejeita a teoria do *mesotes*, de Aristóteles, que situa a justiça no meio termo entre dois extremos que se contrapõem: o que é demais e o que é de menos. Para o Estagirita, por exemplo, a coragem, que é uma virtude, se coloca equidistante em relação à covardia e à temeridade. Tal critério de aferição do justo é recusado sob o fundamento de que pressupõe o conhecimento do que é o *mal* e este, segundo Aristóteles, é algo a ser esclarecido pela Moral positiva e pelo Direito vigente. A teoria do *mesotes*, em si, não seria reveladora dos dois pontos extremos. A fórmula aristotélica seria ainda conservadora, na medida em que atribui à ordem social a definição dos dois parâmetros.

O princípio da *retribuição*, pelo qual devemos retribuir o bem com outro bem e o mal com outro mal, não satisfaz a Kelsen, que o reputa tão vazio quanto a regra que determina a prática do bem e a omissão do que é mal, isto porque ambas orientações pressupõem o conhecimento tanto do valor quanto do desvalor. A norma de justiça não pode também ser identificada com o princípio da *equivalência entre prestação e contraprestação*, que engloba tanto a troca de mercadoria quanto a atividade laboral e sua remuneração. A explicação kelseniana baseou-

se na afirmativa de que a prestação não constitui um valor em sentido objetivo. Em sua opinião, não é o valor da prestação – trabalho ou mercadoria –, que define o *quantum* da contraprestação – salário ou preço –, mas o inverso. O raciocínio do autor se embasa tanto na economia livre, regida pela lei da oferta e da procura, quanto na economia planejada, em que as diretrizes são estabelecidas autoritariamente. Sob igual fundamento, não admite o *princípio da proporcionalidade entre a prestação e a contraprestação*. Relativamente ao trabalho, tal critério requer a fixação, em norma, do salário por hora de trabalho e por unidade de tarefa. Em face da troca de riquezas, a prática revela que a aquisição de mercadoria em atacado não corresponde à proporcionalidade de preço de unidade.

Diante do postulado de justiça enunciado por Karl Marx, para quem, no futuro, deverá prevalecer a regra: “De cada um segundo sua capacidade e a cada um conforme a sua necessidade”, Kelsen apresenta ponderações críticas, apesar de concordar com Marx na rejeição ao princípio capitalista, que dispõe sobre a *igualdade de salário para igual trabalho*. Especificamente quanto à primeira parte do princípio marxista, Kelsen entende que a carga a ser exigida de cada um conforme a sua capacidade deverá ser fixada previamente por órgãos da comunidade, sobre-levando-se a indagação quanto às consequências da não prestação, uma vez que o atribuir a cada um segundo sua necessidade dependerá, na prática, do cumprimento da primeira. No respeitante à necessidade de cada um, indaga o autor da Teoria Pura se deverá prevalecer o critério objetivo ou o subjetivo, ou seja, a necessidade será a definida por órgãos da comunidade ou pelo próprio sujeito que necessita. Tal fórmula, convergente para o econômico, por não esclarecer o que haverá de ser exigido de cada um, nem em que medida serão supridas as necessidades, se nivela ao princípio de Justiniano – *a cada um o seu*. Em suma, a fórmula comunista seria tão vazia quanto a romana.

A pretensão de se relacionar a regra de justiça com o preceito do *amor ao próximo* padece de limitação e incerteza, conforme o crítico. Tal princípio compreende o segmento “a cada um segundo as suas necessidades” como tarefa de todos e não apenas da autoridade legisladora. A insuficiência do princípio se revela por sua pouca abrangência, pois, atado àquele segmento, quer dizer apenas ajuda aos necessitados, suavização da dor alheia... A incerteza refere-se ao critério de avaliação da necessidade, se de quem vai satisfazer ou de quem necessita. Kelsen exclui a possibilidade de se reconhecer, como regra de justiça, o princípio individualista que preconiza a liberdade absoluta do homem, o qual não deve subordinar-se a qualquer ordem social que implique cerceamento de sua conduta. Kelsen propõe a substituição da liberdade individual pela social.

Em seu extenso rol de análise sobre princípios apontados como norma de justiça, Hans Kelsen aborda o *contrato social*. Para os adeptos do jusnaturalismo individualista é o assentimento da coletividade, dos subordinados, quem confere o caráter de justiça à ordem social. Em primeiro lugar, o teórico austríaco destaca a circunstância de que o princípio se refere à forma de produção do ordenamento e não ao teor de suas disposições. Em seguida, ressalta que o pacto poderia ser proveitoso apenas para a hipótese da primeira constituição. À análise deste princípio, segue-se o de *justiça da igualdade*, que se expressa pela fórmula “*todos os homens devem ser tratados por igual*”. A afirmação parte da premissa da desigualdade humana e visa à uniformidade de tratamento às pessoas. Tal princípio contraria a realidade, que revela não serem os homens iguais entre si. Como justificativa do princípio, admite Kelsen o reconhecimento de que as desigualdades sejam irrelevantes ao estabelecimento da isonomia. Contra este princípio, Kelsen utiliza a mesma argumentação oposta a vários outros: o critério não esclarece o conteúdo do tratamento e, em consequência, exige ordem complementar.

Entre os princípios de instância metafísica, Kelsen questiona a ideia de justiça em Platão. Para o filósofo grego as ideias não são acessíveis aos sentidos humanos. Como essências que se acham *além da Física*, o seu conhecimento é privilégio de poucos, que a alcançam por intuição de natureza mística. A ideia de justiça integra a do

Bem absoluto, que é a principal. Como o objeto do Bem absoluto não pode ser relatado em linguagem humana, o princípio não esclarece a noção de justiça. Esta permaneceria, diz Kelsen, como um segredo divino.

A regra de justiça definida por Jesus Cristo em sua pregação terrena se identifica com o princípio do amor e consiste na retribuição do mal com o bem. Em lugar de ódio, deve-se nutrir amor aos inimigos. O princípio, para Kelsen, não estaria centrado na realidade humana, que não possui a capacidade de amar os inimigos. Finalizando esta ordem de estudos, analisa a justiça absoluta, de origem divina, única capaz de proporcionar plena felicidade ao homem. Como a justiça absoluta é um ideal irracional, não alcançável, acena-se, para os crentes em Deus, com a sua plena realização na vida supraterrena. Sobre este princípio, foi simples o comentário de Kelsen: “Tal é o engodo desta eterna ilusão.”¹⁸

123. A IDEIA DO DIREITO NATURAL

Embora rejeite a ideia de um Direito Natural, Kelsen ocupa-se extensamente de seu estudo e o considera, para efeito de análise, “um Direito ideal, natural, imutável, que se identifica com a justiça”.¹⁹ A natureza, geral ou a humana, foi tomada por sua origem. O acesso à ordem se faz mediante investigações naquela fonte. As objeções kelsenianas partem do fundamento de que o Direito Natural dimana da natureza, onde os fatos se interligam sob o influxo do princípio da causalidade, não sendo possível extrair qualquer *dever ser* do mundo do *ser*. Para ele, “quem julgue encontrar, descobrir ou reconhecer normas nos fatos, valores na realidade, engana-se a si próprio”.²⁰ Quando o jusnaturalista, de seu campo de observação, conclui normas de conduta, ele transforma regras do *ser* em normas do *dever ser*. Referindo-se à concepção teleológica do Direito Natural, que vê a natureza como um todo organizado para a realização de um fim, Kelsen a considera comprometida com a doutrina dualista, pois se o reino natural foi criado por Deus, apenas a vontade superior poderia imprimir tal ordenação.

O propalado benefício ou vantagem que o Direito Natural teria carreado para o Direito Positivo, contribuindo para o seu aperfeiçoamento, não é aceito por Kelsen. O avanço ou melhoramento do Direito Positivo sob a influência da ordem superior, somente poderia ocorrer pelo prisma de valores, mas isto não seria possível em razão da diversidade dos sistemas jusnaturalistas. Estes, ao longo da história, foram concebidos para fundamentar os institutos jurídicos, políticos e econômicos vigentes. Somente ao final do século XVIII, na América e na França, a doutrina teria desempenhado um papel reformador, provocando o surgimento de correntes filosóficas que lhe foram antagônicas, como a da Escola Histórica do Direito e, posteriormente, a do positivismo.

Pelo fato de a Teoria Pura fundamentar a validade do ordenamento jurídico recorrendo à norma hipotética, que não é escrita, mas pressuposta, valeu-lhe o apelo do corrente jusnaturalista. Tal crítica não implica depreciação ao Direito Natural, mas na constatação de elementos contraditórios na Teoria Pura. Kelsen enfrentou a questão e admitiu, na matéria enfocada e apenas nela, alguma semelhança entre as duas teorias. De um lado, o jusnaturalismo atribui validade à ordem positiva quando esta se revela uma expressão do Direito Natural. De outro, a Teoria Pura repousa a validade do *Jus Positum* na norma hipotética. Uma diferença importante distingue as duas fundamentações. Enquanto no jusnaturalismo a fonte de validade atribui também conteúdo ao Direito Positivo, na Teoria Pura a norma hipotética apenas determina o fundamento de validade. Para o jusnaturalismo, os princípios do Direito Natural constituiriam a chamada norma de justiça e em face desta o ordenamento jurídico pode apresentar contradições. O Direito Positivo não tem como entrar em conflito com a norma hipotética, pois esta não exerce papel de norma de justiça. Enquanto a doutrina do Direito Natural possui natureza ético-política e é uma teoria dualista, a norma hipotética tem caráter teórico-gnoseológico e a Teoria Pura é monista, pois admite apenas a

existência de uma ordem jurídica: a do Direito Positivo.

124. A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

A compreensão teórica do Direito, nos domínios da *Allgemeine Rechtslehre*, pressupõe, ao mesmo tempo, a determinação conceptual e hermenêutica do fenómeno jurídico. A análise científica é sempre incompleta quando a noção do Direito não sucede a exposição sobre os critérios hermenêuticos. E é indispensável a correspondência ideológica entre ambos. A cada formulação teórica do Direito deve haver uma teoria da interpretação. Pode-se dizer que o jurista possui liberdade de opção entre as várias concepções do Direito, não, porém, em relação aos pontos fundamentais do processo de decodificação normativa, pois esses já são determinados a partir da definição do Direito. Objetiva-se, neste parágrafo, em um primeiro plano, a exposição dos critérios hermenêuticos adotados por Kelsen e, com pretensão de fundo, a verificação de sua concordância e coerência lógica com os postulados da Teoria Pura do Direito.

A criação de regras implica sempre um ato de aplicação do Direito. Ao elaborar uma lei a autoridade aplica a norma constitucional, que estabelece não só o rito de formação, mas também certos limites e condições. Para essa função, o legislador dispõe de uma ampla faixa de liberdade para criar os comandos jurídicos, podendo desenvolver os princípios constitucionais sob variadas fórmulas.

Assim como todo ato de criação do Direito corresponde a um processo de aplicação, todo ato de aplicação pressupõe igualmente um processo de criação do Direito. A aplicação de normas pelos órgãos jurídicos leva sempre à criação, pois a lei possui sempre um coeficiente de indeterminação, que pode ser intencional ou não e referir-se tanto à hipótese quanto à consequência da norma jurídica. O aplicador desenvolve não apenas uma atividade cognoscitiva, mas também volitiva, na complementação do conteúdo normativo. Kelsen assinala que a margem discricionária pode ser maior ou menor, mas existe sempre, ainda quando a norma de escalão superior é bem pormenorizada.

A indeterminação normativa de carácter não intencional, entre outros motivos, pode decorrer da linguagem do texto, que muitas vezes não é unívoca. A não determinação pode decorrer, também, do conflito entre duas disposições normativas, inseridas em um ato jurídico. Para esta hipótese, Kelsen admite duas atitudes por parte do aplicador, que poderá adotar quaisquer das soluções conflitantes ou rejeitar ambas. No caso de uma desarmonia entre a vontade implícita no ato jurídico e as expressões verbais correspondentes, o autor da Teoria Pura do Direito dispõe que a investigação deverá partir “de outras fontes que não a expressão verbal da própria norma”.²¹

Na visão kelseniana o ato legislativo oferece ao intérprete, quase sempre, uma pluralidade de sentido, e a hermenêutica não possui um método objetivo para indicar o critério de prevalência. O conjunto de significados possíveis compõe “uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação”.²² O papel atribuído ao intérprete é de compor essa moldura, indicando os vários sentidos lógicos que as normas jurídicas apresentam. Ao promover a aplicação do Direito, o juiz desenvolve uma atividade criadora. Do mesmo modo que de uma lei constitucional podem derivar várias leis ordinárias, e todas possíveis juridicamente, de uma lei podem ser extraídas sentenças de conteúdos diversos. O ato do juiz não é, assim, apenas de natureza cognoscitiva, mas também voluntária. Pelo ato cognoscitivo o aplicador toma conhecimento da pluralidade de sentidos, da gama de possibilidades reveladas no estudo das normas. Nesse momento cessa o seu trabalho de interpretação e inicia-se a atividade de política jurídica, que consiste no ato de escolha do sentido pelo qual irá ocorrer a decisão. Nesse momento, o aplicador projeta não um ato de conhecimento, mas de vontade.²³ A margem de liberdade do legislador,

porém, é maior, pois o coeficiente de indeterminação da lei constitucional normalmente é mais ampla do que a da lei ordinária. Ao escolher, entre as várias fórmulas permitidas pela norma de escalão maior, a que será consagrada pela lei de menor grau, o legislador manifesta um ato de vontade e a sua atitude é de natureza política.

Quando se diz que a sentença judicial fundamentou-se na lei, o que se afirma, em realidade, é que houve opção por uma entre as várias possibilidades oferecidas no quadro que a lei constitui. Kelsen, com muita ênfase, salienta que a interpretação jurídico-científica não pode concluir pela existência de apenas um sentido nas normas jurídicas, pois tal procedimento consistiria em uma ficção, adotada pela jurisprudência tradicional, com o intuito de favorecer a segurança jurídica. O renomado jurista coloca-se, pois, radicalmente contra a exegese tradicional, que preconiza apenas uma solução possível para cada caso, ou seja, um sentido para cada norma. Ao intérprete compete, assim, não apenas fazer o levantamento dos sentidos que a norma apresenta, como pensa Kelsen, mas desenvolver o esforço para verificar qual é o sentido mais justo e correto. O autor austríaco não admite mandato jurídico nos métodos que possam ser utilizados no processo de filtragem.

Do ponto de vista da segurança jurídica, o autor reconhece que o desejável seria que as normas apresentassem apenas um sentido juridicamente válido, como preconiza a hermenêutica tradicional, mas na realidade isto não condiz com os fatos que a experiência revela. As normas oferecem, via de regra, várias soluções possíveis, sendo que apenas uma se converte em Direito Positivo pelo processo de escolha.

Kelsen coloca em destaque a importância da interpretação, considerando-a prática necessária à aplicação do Direito. Ele a considera uma atividade mental que visa a indicar o conteúdo das normas jurídicas, sem a obrigação de conduzir, contudo, a uma única solução. Distingue a interpretação feita pelos órgãos jurídicos da realizada pelos particulares. Estes, que precisam adequar o seu comportamento ao que a ordem jurídica dispõe, têm a necessidade de conhecer aqueles mandamentos, como forma de evitar a sanção que as normas jurídicas prescrevem. A Ciência do Direito, cujo papel é descrever o ordenamento em vigor, tem a função de interpretar o teor das normas que integram o sistema jurídico. Embora faça alusão às “normas do Direito internacional geral consuetudinário”, o autor não aborda especificamente as normas consuetudinárias. Para Legaz y Lacambra, estas se acham compreendidas nas considerações gerais.²⁴ O recurso à analogia e ao *argumentum a contrario* é rejeitado, sob a alegação de que a doutrina não se sente segura na escolha e que muitas vezes tais mecanismos levam a resultados opostos.

A atividade desenvolvida pela Ciência do Direito, no tocante à interpretação, é apenas de natureza cognoscitiva, pois a *opinio doctorum* não pode ir além do exame dos vários sentidos que as normas apresentam. Assim, enquanto o órgão aplicador sempre faz uma opção entre as plurissignificações contidas na moldura ou quadro, o cientista do Direito limita-se a descrever as diversas alternativas de natureza lógica que o ato normativo oferece. Quando o advogado ou o escritor sustenta uma única fórmula de significação, a sua função não é jurídico-científica, mas jurídico-política.

Kelsen apresenta uma nova concepção para a interpretação autêntica. Esta não seria apenas a realizada pelo órgão competente para a sua elaboração, ao gerar norma de caráter geral, mas também a desenvolvida pelo agente que aplica a norma a um caso concreto, pois esse também cria Direito, mediante norma individualizada. Assim, toda interpretação derivada de um órgão aplicador do Direito é autêntica. Somente não possui essa qualidade a que dimana da Ciência do Direito e do estudo dos particulares em geral. Estes, ao adotarem uma fórmula de conduta perante a lei, elegem um dos vários sentidos que as normas oferecem, mas correm o risco de não vê-la confirmada pelos tribunais.

Sem admitir a possibilidade científica de o aplicador recorrer a outros sentidos, além dos constantes na moldura ou quadro de possibilidades lógicas das normas, Kelsen reconhece que, na prática, os tribunais produzem inovações

jurídicas, utilizando-se de tal procedimento.

A teoria kelseniana de interpretação ajusta-se, em seu conjunto, com os lineamentos da Teoria Pura do Direito e, ao mesmo tempo, padece do mesmo equívoco de não invocar os importantes complementos da Axiologia e da Sociologia. Tal alheamento aos valores e aos fatos sociais, em seu discurso científico, chega a um ponto em que se torna insustentável e, de um modo bem nítido, se vê Kelsen, inconscientemente, a eles recorrendo, quando indica, por exemplo, “outras fontes” como instância de solução do conflito entre a vontade manifesta no ato e a linguagem apresentada pelo legislador. A interpretação, em Kelsen, possui uma função reduzida em relação à que lhe atribui a doutrina tradicional, pois é situada como mediadora entre a função legislativa e o trabalho de política jurídica, não chegando a exercer papel decisivo na definição do Direito. A sua função não é criadora, mas indicativa da variedade de significados das normas jurídicas.

Observa-se que a Teoria Pura do Direito é incapaz de orientar na objetiva definição do Direito, pois, baseando-se tão somente nos dados oferecidos pelas normas jurídicas, ela pode conduzir o pesquisador apenas até onde as normas jurídicas permitem, e estas, do ponto de vista lógico, não oferecem apenas uma diretriz, mas várias soluções possíveis. Esta orientação não satisfaz o pesquisador, do ponto de vista prático, pois não lhe oferece o critério final para a escolha de uma única fórmula reitora do comportamento social.

Admitir, com Kelsen, que as leis possuem sempre uma pluralidade de significados e que não faz parte do processo hermenêutico a escolha do sentido mais adequado, é concluir pela não univocidade da ordem jurídica; é reconhecer a existência não de uma ordem jurídica, mas de uma pluralidade de ordens jurídicas.

Quando aquele autor afirma que a norma sempre apresenta um coeficiente de indeterminação, implicitamente reconhece que ela, por si só, não é suficiente para definir a conduta. Revela-se com clareza que a Lógica Externa exerce uma função de alto relevo na determinação do modelo de conduta e que o aplicador deverá, necessariamente, possuir um quadro de valores e ter ainda noções da organização social.

O dualismo existente entre as expressões verbais e a vontade, na opinião do autor austríaco, pode ser completo ou não, sendo que esta última caracteriza-se quando o elemento vontade “corresponde pelo menos a uma das várias significações que a expressão verbal da norma veicula”. Ora, pensamos que o elemento vontade, ao contrário do que é possível ocorrer com o ponto de vista lógico da norma jurídica, somente possui uma única direção. Sendo, assim, em todas as hipóteses, forçosamente haveria de existir uma discrepância entre a vontade e as expressões verbais, pois estas, segundo Kelsen, não são unívocas.

Um dos pontos que oferecem dúvidas ao analista de Kelsen é a sua orientação para a hipótese de conflito entre a *vontade* manifesta no ato de aplicação e a linguagem nele adotada. Ao indicar que a solução deverá ser pesquisada em outras fontes, onde o aplicador deverá buscar os subsídios senão nos elementos teleológico, axiológico, histórico ou sociológico? E essa utilização de “outras fontes” estaria, inequivocamente, em conflito com as premissas de seu pensamento, pois para ele Direito é apenas norma. Kelsen afirma que o papel do intérprete termina com a fixação das diferentes possibilidades existentes na “moldura”, ficando a cargo, não da Ciência do Direito, mas da política jurídica, a indicação da solução a ser adotada. Ora, assim vista, a definição do Direito será exercida por comandos não normativos, pela política jurídica, que leva em conta os valores e os fatos sociais. Assim entendida a matéria, verifica-se uma verdadeira prevalência de elementos extranormativos na fixação da solução adequada para determinada hipótese jurídica. Ademais, a Ciência do Direito seria impotente para descrever o Direito, pois enunciaria não a conduta exigida, mas a gama de possibilidades insertas na moldura da lei.

Quanto à noção que apresenta de interpretação autêntica, observa-se uma inconsistência lógica no pensamento do autor. A interpretação autêntica se caracterizaria pelo fato de o aplicador escolher, entre os vários sentidos

oferecidos pelas normas, aquele que servirá de base à decisão. Por intermédio dela, cria-se o Direito. Ocorre porém, que ao conceituar interpretação, Kelsen salienta que o papel do intérprete seria apenas o de revelar o quadro ou a moldura das possibilidades lógicas das normas, mediante uma atividade cognoscitiva. A seleção final do sentido da norma não seria um momento ou etapa da interpretação, mas um ato volitivo situado no plano da política jurídica.

Das noções de *aplicação* e *criação* do Direito depreende-se que no pensamento de Kelsen há aparentemente, uma fusão entre ambas, pois a aplicação, com exceção de atos de execução de sentença, leva à criação, enquanto esta configura a aplicação, salvo a hipótese em que a norma fundamental se apresente como a primeira constituição. Não chega a ocorrer, para esta Teoria, o desaparecimento da diferença tradicional entre criação e aplicação, como pensam alguns autores.²⁵ Constatamos, sim, um processo de *geminção de conceitos*, em que um fenômeno não ocorre sem o outro, ressalvadas as exceções já mencionadas.

Malgrado as dúvidas aqui suscitadas, quanto à consistência lógica da teoria da interpretação em Kelsen, é de se reconhecer que, em sua originalidade, o autor apresenta uma nova perspectiva de estudo que não pode ser desconhecida e que desperta a atenção dos hermeneutas sobre importantes pontos não analisados suficientemente pela Jurisprudência tradicional.

-
- 1 Em 1939, a “Associação das Escolas de Direito Norte-americanas” resolveu publicar, em língua inglesa, obras estrangeiras de Filosofia do Direito. Entre os nomes escolhidos, Hans Kelsen optou por reescrever o seu pensamento com a obra citada no texto, à qual deu novos contornos à sua famosa Teoria.
 - 2 KUNZ, Josef. **La Teoria Pura del Derecho**, tradução da 2. ed. e reimpressão da 1. ed. México: Nacional, 1974, p. 16.
 - 3 Em importante inovação, a Lei Maior atribuiu à Corte Constitucional a competência para revogar leis inconstitucionais não apenas diante de casos concretos. (Cf. em KUNZ, Josef. Op. cit., p. 34).
 - 4 Se a fase europeia de vida foi agitada, a americana transmitiu ao jurista a tranquilidade esperada: “Foi-me possível, recentemente, comprar uma pequena casa aqui na bela Califórnia. De meu escritório, descortino a magnífica Baía de São Francisco e até o Oceano Pacífico. Em meu pequeno jardim crescem rosas, umas maravilhosas rosas roxas, que alegam meu coração” (Trecho de carta endereçada ao seu patrício Josef Kunz, por este divulgada em sua **La Teoria Pura del Derecho**, cit., p. 13).
 - 5 Cf. em KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, cit., p. 17.
 - 6 KELSEN, Hans. Op. cit., p. 343.
 - 7 KUNZ, Josef. Op. cit., p. 19.
 - 8 Op. cit., p. 17.
 - 9 KELSEN, Hans. Op. cit., p. 148.
 - 10 Tal reformulação provocou-lhe críticas exacerbadas, como a proferida, entre nós, pela egologista Marília Murici Machado Pinto (A distinção proposições jurídicas/normas de direito na nova teoria pura. **Revista Brasileira de Filosofia**, v. XXVII, fasc. 105, p. 51 a 70).

- 11 KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 181.
- 12 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, cit., p. 316.
- 13 *Idem*, p. 307.
- 14 VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**, cit., p. 168.
- 15 KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. cit. p. 328. Kelsen esclarece, no texto, o sentido da vaihingeriana Filosofia do “Como-Se”: “Segundo Vaihinger, Die Philosophie des Als-Ob, 7. un. 8 Aufl., Leipzig 1922, uma ficção é um recurso do pensamento, do qual se serve se não se pode alcançar o fim do pensamento com o material existente (Ob. cit. p. 19)” (p. 329).
- 16 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, cit., p. 299.
- 17 KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. Coimbra: Arménio Amado-Editor, Suc., 1963, p. 22.
- 18 *Idem*, p. 88.
- 19 *Idem*, p. 94.
- 20 *Idem*, p. 95.
- 21 **Teoria Pura do Direito**, cit., p. 466.
- 22 *Idem*, p. 466.
- 23 Para Miguel Reale a “escolha” é um momento significativo na vida do Direito, mas na fase legislativa, quando o autor do ato, entre as várias possibilidades lógicas de consagração de um determinado valor, *escolhe* uma, que a converte em conteúdo ou fórmula da lei. Cf. **Filosofia do Direito**, cit., p. 546.
- 24 Cf. **Filosofía del Derecho**, cit., p. 523.
- 25 É a opinião, v.g., dos argentinos Mouchet e Becu: “Dentro de esta teoría desaparece la diferencia tradicional entre creación y aplicación del derecho.” – **Introducción al Derecho**. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1967, p. 566.

Capítulo 18

TEORIA MARXISTA E O DIREITO

Sumário: **125.** Considerações prévias. **126.** O momento histórico da teoria marxista. **127.** Os corifeus do marxismo: Karl Marx e Friedrich Engels. **128.** A filosofia marxista. **129.** O significado do Direito na visão marxista. **130.** Crítica.

125. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Fundamentalmente a teoria marxista expõe e analisa a estrutura econômica da sociedade capitalista, seu funcionamento e consequências no plano social, político, ético, religioso, jurídico, apontando o seu teor de injustiça e a fórmula para a erradicação desta. Centrada no econômico, revela a desigualdade que o regime da livre iniciativa encerra com a má distribuição das riquezas. Eminentemente crítica, pretende também ser criadora, na medida em que, não se limitando a emitir juízos de realidade, empenha-se no direcionamento da ação social. A teoria marxista apresenta, portanto, tríplice dimensão: *expositiva*, de vez que radiografa a sociedade capitalista e revela a sua forma de funcionamento, notadamente pelo seu lado econômico; *crítica*, pois valora a realidade, indicando suas falhas e injustiças; *operacional*, tanto que apresenta a fórmula prática para a reversão do quadro de miséria e de opressão. Dado que não se mostre rigorosamente como teoria jurídica e considere o Direito incidentalmente, algo dispensável na sociedade do futuro, a sua compreensão e o enfrentamento de suas ideias é tarefa inarredável na jusfilosofia.¹ Esta realiza o seu objeto à vista de embates doutrinários, ante a concorrência de opiniões, pelo que não lhe é permissível, por incoerente, a marginalização de uma ideologia questionadora da experiência jurídica do mundo ocidental e que desenvolve a tese da provisoriedade do Direito.

A teoria se esteia no pensamento de Karl Marx e de Friedrich Engels, que se associaram na formação de uma doutrina que alcançou ampla repercussão. Suas ideias são interpretadas e desenvolvidas por seguidores em diferentes setores do conhecimento. Menos evocada atualmente por influência de certos fatos históricos de projeção internacional, como a *perestroika*, na antiga União Soviética, crises sociais que abalam a China Comunista e a unificação da Alemanha, a teoria obteve forte interesse entre os homens de cultura. Na área jurídica, as análises e reflexões mais credenciadas partem notadamente de Umberto Cerroni e Nicos Poulantzas, marxistas ocidentais de renome, enquanto os demais estudos que se apresentam, de um modo geral, carecem de cunho científico e revelam tendências proselitistas.

A teoria é relevante na medida em que se propõe a equacionar politicamente a sociedade segundo um modelo justo de distribuição de riquezas. O seu poder de aliciamento não deflui isoladamente de seus postulados, pois se robustece diante das falhas que o sistema capitalista apresenta ao permitir grave desequilíbrio na repartição dos bens. Enquanto o desafio capitalista na correção das desigualdades mediante a compatibilização da economia de mercado com a justiça social, a filosofia comunista, conduzida pelo marxismo, se orienta pela justa distribuição das riquezas, seu valor polar.

126. O MOMENTO HISTÓRICO DA TEORIA MARXISTA

Como todo indivíduo que participa da vida social, Karl Marx recebeu um condicionamento de sua época. Nele porém, as circunstâncias repercutiram mais intensamente, pois não se limitou a engajar-se em movimentos de grupos; reagiu, também, com subsídios filosóficos importantes à condução da causa operária. Viveu em uma quadra histórica marcada pelo advento da indústria e o surgimento da classe obreira. A Revolução Comercial havia outorgado poder econômico aos burgueses, enquanto na França, pela Revolução de 1789, a classe obteve poder político. O fenômeno da industrialização, que, no início do século XIX, começou a alcançar desenvolvimento notadamente na Inglaterra, com fortes efeitos no quadro social, destinou à agricultura um plano secundário, enquanto o homem precisava enfrentar a concorrência da máquina. Nascia a dialética do capital e trabalho e as novas condições criavam um perene desafio: a imperiosa necessidade de situar as relações entre as classes sociais em um patamar de equilíbrio e justiça. Os problemas emergentes refletiram-se nos setores do Direito, da Filosofia e da Política, sobretudo. A partir de um exame crítico da realidade, lançavam-se as sementes de um novo ramo do Direito, que haveria de disciplinar o fato social do trabalho remunerado. De apenas duas disposições insertas no Código Napoleão (1804), sucedeu-se um fenômeno de expansão normativa, que culminou com a autonomia do Direito do Trabalho, que se corporifica, hoje, em códigos.

Um longo caminho, todavia, haveria de ser percorrido. Surgiram as entidades de classe e movimentos operários, mas não bastavam a união e a ação. A força destas deveria se assentar em uma justificação filosófica, daí a importância das contribuições de Marx e de Engels no encaminhamento da questão social. Na esteira das reivindicações trabalhistas agitava-se o problema político. Se o objetivo da classe obreira era a conquista da tutela jurídica, a via de alcançá-la seria a política. No plano do pensamento, Claude Henri de Saint-Simon (1760-1825) Robert Owen (1771-1858) e Charles Fourier (1772-1837), em suas reflexões, acusavam injustiças nascidas das novas relações e preconizavam reformas sociais. No campo da ação, em 1847, surge em Londres a Liga dos Comunistas, sucessora de outras entidades que lutaram pela melhoria das condições dos operários, a partir da Liga dos Desterrados, na França. Documento histórico do mais alto significado para a época, o Manifesto do Partido Comunista foi divulgado por Marx e Engels, em 1848, no qual conclamaram a classe obreira: “Proletários de todos os países, uni-vos.” Além do poder da união, o marxismo valorizou o poder da ação. Em **Teses Sobre Feuerbach**, Marx já havia escrito que não bastava a interpretação do mundo pela filosofia, pois “o que importa é modificá-lo”.

127. OS CORIFEUS DO MARXISMO: KARL MARX E FRIEDRICH ENGELS

127.1. Karl Marx. Filho de um advogado e conselheiro de justiça e descendente de judeus, Karl Heinrich Marx (1818-1883) nasceu em Treves, capital da província alemã de Renânia. Após os estudos preliminares em sua terra natal, matriculou-se na Universidade de Bonn, onde iniciou o curso de Direito, logo interrompido, pois o seu interesse maior concentrava-se nos estudos de História e Filosofia. Ingressou, posteriormente, na Universidade de Berlim, onde se influenciou pelo pensamento ateu e liberal-democrático da *esquerda hegeliana*. De Feuerbach assimilou a crítica ao idealismo de Hegel, em uma época em que a ideologia do filósofo alemão, falecido havia poucos anos, dominava o ambiente cultural de Berlim. Egresso da universidade, dedicou-se inicialmente ao jornalismo, onde, com espírito idealista, pugnou por ideias revolucionárias, o que provocou, em 1842, na Colônia, o fechamento da **Gazeta Renana**, então sob a sua direção. Em consequência, emigrou para Paris no ano seguinte, onde conheceu Friedrich Engels, seu *alter ego*, e estudou o socialismo de Saint-Simon. Expulso da França em razão de sua atividade jornalística, radicou-se em Bruxelas, onde foi secretário da Liga Comunista (1847). Em resposta a Joseph Proudhon (1809-1865), que publicara **Filosofia da Miséria**, escreveu, em francês, **Miséria da Filosofia**

(1847). Enquanto para Proudhon o mal do capitalismo situava-se no sistema de troca, para Marx a fonte estava nas formas de produção. Mais tarde, em Londres, onde se fixou definitivamente, foi ativista na Liga Comunista, então dirigida por Engels e, em conjunto com este, escreveu o famoso **Manifesto do Partido Comunista** (1848).

Karl Marx foi autor de diversas obras, destacando-se **Das Kapital**, cujo livro primeiro foi publicado em 1867 e os dois outros, após a morte de seu autor, em 1885 e 1894, por iniciativa de Engels, que reuniu os manuscritos. Na área jurídica, escreveu **Crítica da Filosofia do Direito de Hegel** (1843). Há de ser feita a distinção, na produção científica de Marx, entre as obras da juventude e as escritas na fase madura. **Teses sobre Feuerbach** (1845) é considerada a obra de ruptura com a primeira fase.

127.2. Friedrich Engels. A biografia de Marx se entrelaça com a de seu patrício Friedrich Engels (1820-1895), filósofo nascido em Barmen, na Renânia, e falecido em Londres. As condições da época e as circunstâncias de sua experiência pessoal nortearam o seu perfil filosófico. O encontro com Marx, em Paris, revelou uma afinidade ideológica que os uniu duradouramente e que possibilitou uma extraordinária troca de experiência. Marx e Engels, a história revela, foram espíritos fraternos e gêmeos intelectualmente.

Em Manchester, Engels observou concretamente, em indústria de seu pai, a condição social dos operários e publicou, em 1845, **A Situação da Classe Operária na Inglaterra** onde contestou as teses da economia liberal, notadamente na versão de Adam Smith. Em companhia de Marx, fundou a Associação Internacional dos Operários conhecida como Primeira Internacional Comunista. Preparou várias obras em parceria com seu amigo: **A Sagrada Família** (1845), **A Ideologia Alemã** (1845/6), **Manifesto do Partido Comunista** (1848). Individualmente, escreveu: **Contribuição à Crítica da Economia Política** (1859), **A Origem da Família, a Propriedade Privada e o Estado** (1884). **Anti-Dühring** (1878) foi escrita por Engels com pequena colaboração de Marx. Nesta obra desenvolveu estudos sobre o papel da violência na história.

Embora se diga que Engels foi mais um divulgador do pensamento de Karl Marx, na realidade não apenas interpretou a ideologia de seu companheiro de lutas, mas contribuiu para a formulação da teoria marxista. O autor de **O Capital** havia analisado a história das sociedades à luz do método de desenvolvimento dialético. Engels, em sua obra **A Dialética da Natureza**, publicada em 1925 na União Soviética, estendeu aquele método ao campo das ciências da natureza, fazendo da teoria marxista uma concepção integral do mundo.

128 . A FILOSOFIA MARXISTA

Alguns postulados fundamentais caracterizam a filosofia marxista: o primado do real sobre o ideal, a admissão da teoria evolucionista de Darwin, a concepção materialista da história, a dialética hegeliana revisada.

A verdade deveria ser captada na experiência, nos fatos. Rejeitava o pensamento metafísico. A ciência deveria formar-se com os elementos hauridos na realidade concreta. A postura de Marx foi materialista e professava o ateísmo. Como Darwin, admitia a transformação dos seres evolutivamente e a partir do reino mineral. Mediante um processo complexo de mutação interna, o ser mineral se transmutava em vegetal e animal, sucessivamente. A progressão seria quantitativa e apresentava saltos de qualidade, razão pela qual surgiria o homem, ser dotado de razão.

O *materialismo histórico* constitui uma das teses fundamentais do marxismo e consiste no entendimento de que a estrutura da sociedade é composta pelo fator econômico, pelo conjunto das relações de produção. A superestrutura seria formada pelas criações do intelecto: Direito, Moral, Política, Estado, Religião, Artes. A premissa

de raciocínio é que a personalidade humana é ditada pelas relações de trabalho. Assim, cada componente da superestrutura seria uma emanção do processo econômico existente. Hegel havia declarado que a consciência do homem determinava o seu modo de ser; para Marx, o fenômeno seria inverso: o ser social do homem é quem definia a sua consciência.² Isto não implica a admissão do monismo econômico. A tese é que o fator econômico é preponderante na formação da superestrutura. Engels chegou a reconhecer a possibilidade de uma “inversão da práxis histórica”, com a consciência reagindo às condições impostas pela estrutura. Tal inversão não foi cogitada por Marx, pois não haveria na realidade uma reação à estrutura; os homens atuariam sobre os meios de produção visando o seu reordenamento. Todas as transformações fundamentais da sociedade, embora possam transparecer outras motivações, decorrem sempre de mudanças nas formas de produção. A revolução protestante seria um exemplo.

Em seu livro **Para a Crítica da Economia Política**³ Marx indica o fio condutor de seus estudos: “Na produção social da própria vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes de sua vontade, relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade das relações de produção forma a estrutura da sociedade, a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência.”

A destruição da sociedade capitalista foi preconizada por Marx na perspectiva da dialética hegeliana. Enquanto Hegel concebia o ritmo da evolução geral apenas no plano do pensamento, Marx o transportava para o âmbito da práxis. Com esta inversão, proclamou, fez andar com os pés quem caminhava de cabeça para baixo. A luta de classes, que decorre das *relações de produção*, seria a característica marcante na história das sociedades. Houve a luta entre amos e escravos na Antiguidade; entre patrícios e plebeus, em Roma; senhores feudais e servos, na Idade Média; burguesia e proletariado, nos tempos modernos. O desenvolvimento se processava pela oposição de antítese à tese, da qual resultava a síntese, que seria a harmonização das forças antagônicas. As grandes transformações sociais surgirão a partir do momento em que as distorções do capitalismo levarem ao insuportável o empobrecimento da grande massa trabalhadora. Haverá a luta de classes. A burguesia, que representa a *tese* do processo, será alvo de intensa luta deflagrada pelo proletariado – *antítese*. Provisoriamente se instalará a ditadura do proletariado, à qual se seguirá a *síntese*, quando cessarão as desigualdades, as injustiças, e o homem alcançará o paraíso terrestre.

O âmago da discordância do marxismo com o regime capitalista radica nas relações de trabalho, nos meios de produção. As injustiças sociais resultariam do atual equacionamento no âmbito das fábricas, onde se registra a exploração da classe obreira. Suprimir tal distorção, *that is the question*.

Marx explora, com argúcia, as mazelas do capitalismo; o poder que outorga aos detentores dos meios de produção; a ascendência dos que possuem em relação aos que produzem. Afirmou que “o direito fundamental do capital é a igualdade na exploração da força de trabalho por todos os capitalistas”.⁴ Reporta-se, em seguida, às leis trabalhistas da metade do século XIX, que fixavam a longa jornada de trabalho de adolescentes e mulheres. Não se opõe, o marxismo, ao capital, que é uma força social, mas ao capital concentrado nas mãos da burguesia; não se combate a abolição da propriedade em geral, mas à propriedade burguesa, que detém nove décimos da existente.⁵

Marx e Engels, em **A Sagrada Família**, censuraram o papel conservador exercido pelo cristianismo, que pregava a necessidade do dualismo de classes. A doutrina foi acusada de contribuir para o *statu quo*, ao infundir a resignação no espírito do proletário, acenando-lhe compensações na futura vida supraterrânea.

Aproximando a sua lente de visão das relações de trabalho, no fato da *mais valia* localizou o vírus que aniquila o tecido social. Marx assimilou as distinções de David Ricardo em sua *teoria do valor*, a partir da qual tirou consequências próprias. O valor de troca das riquezas é algo que não se confunde com o valor de uso ou com o preço. Enquanto o valor de uso é algo particular e dependente do interesse de cada pessoa, o de troca constitui uma categoria geral e o preço é contingente, pois variável à vista da lei da oferta e procura. O valor de troca deve tomar por referencial a quantidade de trabalho necessário à produção de mercadoria. Tal valor será cambiável na medida em que se alterar o índice de trabalho acumulado. Para Marx, a coincidência entre o valor da mercadoria e a força de trabalho empregado na sua produção seria indispensável, pois o trabalhador deverá usufruir integralmente do produto de seu trabalho. Na sociedade capitalista, porém, o valor das riquezas excede sempre a força de trabalho. À tal diferença, Marx denomina por *mais valia*, que representa a medida da exploração da classe obreira que, alienada, entrega o produto de seu trabalho ao patrão, seu parasita. Diante deste diagnóstico, pensa que a solução do mal deve ser alcançada com a mudança da economia.

129. O SIGNIFICADO DO DIREITO NA VISÃO MARXISTA

A teoria marxista apresenta uma concepção do Direito, todavia Marx e Engels não foram juristas.⁶ Suas ideias não se acham reunidas em uma obra, mas dispersas no conjunto de suas produções científicas, fato este que dificulta a análise de seus intérpretes, que investigam em textos escritos em épocas e circunstâncias distintas, e conduz à divergência de resultados. O Direito foi abordado pelos corifeus do marxismo incidentalmente, apontado como instrumento de opressão empregado pela sociedade capitalista. A teoria não se ocupou da ontologia do Direito. Ela não apresenta uma filosofia jurídica nos moldes tradicionais nem a análise do Direito

Positivo. A sua atenção concentrou-se na função exercida pelo fenômeno jurídico na conduta social e na análise de suas fontes reais, naquelas que induzem à criação e transformação do Direito. Na expressão de Konstantin Stoyanovitch, o marxismo elaborou uma *preciência jurídica*.⁷

Malgrado a influência recebida de Savigny, Marx elaborou uma teoria que se divorcia da orientação da Escola Histórica do Direito. A evolução social não deveria desenrolar-se sob a influência de fatos pretéritos, mas fazer-se mediante a ruptura com o passado. A passagem para a sociedade comunista não se processa através de reverência às tradições, mas com o seu abandono, com a rejeição às verdades eternas, à Moral, à Religião. Do historicismo porém, assimilou a tese da relatividade do Direito, não o concebendo senão em permanente mutação sob o influxo do fator econômico. No Direito não haveria o absoluto nem o imutável. Distancia-se, já neste particular, do jusnaturalismo, doutrina que alcançava prestígio na França e, sob a influência do Iluminismo e das ideias de Kant também na Alemanha. Em sintonia com a tese materialista do primado do real sobre o ideal, exclui a possibilidade de um Direito emanado da razão ou de origem metafísica. A sede do Direito seria o campo dos fatos, das relações, da vida social. O Direito deriva, enfim, do *real*; a sua fórmula se faz *a posteriori*, nunca *a priori*. Em sua orientação, o marxismo situa o homem no centro de suas investigações, porém não o homem abstrato ou abstraído da tessitura social, mas o homem situado, concreto.

Marx rejeitou as teses voluntaristas, que situavam o Direito como produto da vontade. O fenômeno jurídico não seria uma decorrência da vontade da classe dominante ou do Estado, mas resultante das relações de produção. Estas condicionam o Direito e toda a superestrutura. O papel do Direito seria tutelar a infraestrutura econômica. À época de Stalin, na União Soviética, o pensamento voluntarista foi adotado oficialmente para justificar a ação repressiva do Estado.⁸

Em sua perspectiva materialista, reage contra a ideia do Direito Natural, pois não admite deduções de conceitos gerais que se apoiam no conceito de homem. Na realidade, o *Jus Naturae* seria mais um instrumento ideológico utilizado pela burguesia para impor o Direito de sua conveniência. O apelo àquele Direito visa a reforçar a autoridade e justificação do *Jus Positum*. O marxismo associa a ideia do Direito Natural aos interesses da burguesia. Esta classe já teria recorrido àquela instância quando deflagrou a sua revolução. O apogeu do jusnaturalismo teria coincidido com a grande elaboração teórica da economia burguesa. O seu papel, agora, seria fundamentar as instituições burguesas e mascarar ideologicamente seus erros. Marx criticou, também, a “Declaração dos Direitos do Homem”, que se caracterizaria por seu egoísmo e espírito individualista, uma vez que parte da noção de que o homem é um ser isolado. Para N. G. Alexandrov, quanto mais se concretiza o modelo comunista em um Estado, mais se enriquece o conteúdo material dos direitos individuais.⁹ Embora a Constituição da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, nos capítulos 6 e 7, abrangendo os artigos 33 ao 69, os tenha declarado, não estabeleceu contradição com o pensamento do filósofo Marx, isto porque preceitua que “o exercício dos direitos e liberdades pelos cidadãos não deve prejudicar os interesses da sociedade e do Estado nem os direitos dos outros cidadãos”.¹⁰

A concepção marxista parte de um diagnóstico: a sociedade se acha estruturada economicamente de uma forma injusta, com a preponderância do capital sobre o trabalho, quando na realidade é este quem forma as riquezas. Na sociedade capitalista há uma generalizada relação de domínio e de exploração por parte dos que detêm os meios de produção em relação aos operários. O Direito desempenha um papel ideológico, pois sob o pretexto de instrumentalizar a justiça é meio utilizado para conservar a exploração da classe dominante.¹¹ Como elemento integrante da superestrutura, é condicionado pelo fator econômico. Por intermédio do Direito, a classe que possui os meios de produção mantém o seu poder e privilégios.¹² O Direito não terá função em uma sociedade comunista. Nela haverá normas, que não terão, todavia, a qualificação jurídica, pois não serão impostas coercitivamente. Quando ocorrer a revolução do proletariado, a presença do Direito, bem como a do Estado, será provisória, logo desaparecendo com a supressão das classes. Imperando o socialismo total, haverá o equacionamento justo dos interesses econômicos e, com este, a extinção do Direito. Quem determina, em última instância, a existência do Direito, é a propriedade privada dos meios de produção. Assim, em relação aos tempos primitivos, onde não havia a propriedade privada dos meios de produção, não há de se falar em Direito. A *desigualdade* teria, também, a sua parcela de responsabilidade na aparição do Direito, pois se todos, igualmente, usufruíssem do direito de propriedade, não haveria razão de ser do Direito.

Da sociedade burguesa, onde impera a exploração da classe operária, até o advento do comunismo, há um longo itinerário histórico a ser implementado. Com a crescente conscientização de sua força, a classe dominada reagirá, promovendo a subversão, da qual decorrerá a etapa da ditadura do proletariado, que será uma preparação para a sociedade comunista. Nesta haverá o equilíbrio, desaparecendo a razão de ser do Direito. Este é visto como instrumento de uma classe. Com a extinção de classes advirá a igualdade entre os homens e cessará o período de privações. As necessidades de cada um poderão ser satisfeitas. Haverá a plena socialização dos meios de produção. Prevalecerá o princípio: “De cada um segundo sua capacidade, a cada um segundo suas necessidades.”¹³ Surgirá o *homem novo*, não submisso, não humilhado. Nesta fase, não haverá lugar para a coação. As regras da sociedade comunista serão aceitas pela compreensão. Os homens criarão o hábito de cultivá-las.

A extinta União Soviética, não obstante a revolução de 1917 e a implantação do comunismo, manteve o seu Direito Positivo, embora elaborado e afeiçoado ao novo regime econômico. Com a formação da sociedade

comunista, havia a crença de que o Direito, em curto prazo, deveria desaparecer. Neste sentido se posicionou E. B. Pasukanis, jurista de grande ascendência no mundo soviético. Pensava que as instituições jurídicas seriam incompatíveis com o comunismo. O desaparecimento do Direito deveria ocorrer com o fim do capitalismo. Com a ascensão de Stalin ao poder, o autor de **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo** (1924) foi perseguido política e ideologicamente. O novo comando político acatou as teses jurídicas de Karl Renner, que sustentava a ideia de permanência do Direito, embora com renovado teor. Stalin e o jurista Vichinsky, em verdadeiro rompimento com a teoria marxista, conceberam o Direito socialista, que seria a expressão da vontade da classe proletária.

O Estado seria também uma instituição a serviço da classe dominante, pois além de se estruturar por modelo jurídico é fonte criadora do Direito. A extinção das classes provocará, igualmente, a extinção do Estado. Para Engels, o socialismo se realizará quando os proletários, após o seu período de ditadura, transferirem para o Estado a propriedade dos meios de produção. Tal fato registrará o fim das classes e do próprio Estado.¹⁴ Na expressão de Machado Paupério, o marxismo é “antijurisdicista e antiestatista”.¹⁵

130. CRÍTICA

A par das críticas que se dirigem ao pensamento marxista, é forçoso que se reconheçam, também, seus aspectos positivos. Ao Direito não trouxe contribuições diretamente, mas ao sistema sócio-político em geral, ao despertar a consciência ética dos homens quanto ao grau de desigualdade que o sistema capitalista encerra e a imperiosa necessidade de se rever a organização da sociedade, objetivando equilíbrio na distribuição de riquezas. Se o bem do homem não se constrói apenas com a satisfação de suas exigências materiais, é inquestionável, todavia, que o plano econômico é essencial ao bem-estar individual e à paz social.

Ao declarar que o fator econômico condiciona os institutos jurídicos, o filósofo de Treves revela uma visão parcial da realidade. É certo que o econômico situa-se no centro dos interesses humanos, mas ali ele não é um fato isolado. O Direito se deixa impregnar, ainda, tanto da Moral quanto de fatores naturais. Situar estes agentes em uma dimensão econômica é se apegar a um monismo insustentável. Ao cominar pena à prática do homicídio e do sequestro, a lei não equaciona fatos jurídicos de expressão econômica, mas tutela a vida e a liberdade.

De fundo materialista, a teoria se revela contraditória relativamente ao Direito, quando assume uma postura metafísica, ao preconizar a extinção do *Jus* ante ao desaparecimento das classes sociais. Subjaz implicitamente na afirmação a crença de que a imperfeição humana decorre da questão econômica. A projeção da natureza humana, assim feita, não é o resultado de uma inferência calcada na lição dos fatos, mas operação do intelecto que transcende à experiência. A provisoriedade do Direito, outrossim, é uma tese não confirmada no plano fático. A Revolução de 1917, que implantou o comunismo na União Soviética, foi a grande oportunidade para o marxismo demonstrar a realizabilidade integral de suas previsões. Entre as etapas pré e pós-revolucionária, a mudança do Direito foi apenas de conteúdo ideológico. Anteriormente, instrumento da classe capitalista; depois, a expressão dos interesses do Estado. A considerar as palavras de Mikail Gorbachev, o rumo daquele Estado socialista, se subsistisse, seria o fortalecimento das instituições jurídicas: “A *perestroika* impõe exigências maiores no âmbito dos atos legislativos. A lei deve permitir com firmeza os interesses da sociedade, proibindo tudo o que possa prejudicar os interesses nacionais. Isso é um axioma.”¹⁶

Inegavelmente, há uma influência direta das estruturas econômicas no tipo de Estado e nas instituições jurídicas. Conforme Vital Moreira, “a cada uma das formas típicas do capitalismo – capitalismo-de-concorrência, capitalismo monopolista – correspondem duas formas típicas da respectiva ordem jurídica”.¹⁷ O regime capitalista

encontra apoio, de fato, no ordenamento jurídico. Ele existe porque as leis fundamentais reconhecem e garantem a propriedade privada dos meios de produção. Em um regime efetivamente democrático, o povo possui o direito de opção, o poder de escolha. Se existe o repúdio ao capitalismo, a manifestação não há de se dirigir contra o Direito que o mantém, mas contra a opção, porque as instituições jurídicas são apenas uma consequência. A revisão há de ser uma constante nos Estados democráticos. As mudanças fundamentais fazem-se mediante canal político, que se utiliza, então, do instrumental jurídico.

Os equívocos que o Direito capitalista apresenta, em certos países, e que se mostram obstáculo ao efetivo progresso social, não expressam erros de ordem técnica ou científica praticados pelos juristas, mas de natureza ideológica e cujo acerto pressupõe antes a concordância da sociedade e dos órgãos que detêm o poder. O Direito é processo cultural que revela o momento histórico. O seu avanço não deve realizar-se aprioristicamente mediante novas leis, mas através de mudanças processadas na própria história. Esta é uma conclusão que emerge da lição dos fatos. Se a sociedade política acordar em humanizar as instituições sociais, a fim de minimizar as desigualdades e a miséria, o Direito, como instrumento da reforma, será o meio da libertação. Em uma sociedade plural, democrática, as correntes sociais podem influenciar nos rumos políticos e, conseqüentemente, na eclosão de princípios de um novo Direito.

-
- 1 Michel Villey reconhece “que no pensamento jurídico contemporâneo ninguém negará que o marxismo ocupa um lugar considerável”. **Filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1977, p. 142.
 - 2 MARX, Karl. Para a crítica da economia política. Coleção **Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural 1974, p. 135.
 - 3 Op. cit., p. 135.
 - 4 **Das Kapital**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980, livro Primeiro, v. I, p. 332.
 - 5 Cf. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Global, 1988, p. 89.
 - 6 Apesar de seu interesse inicial pelo curso de Direito, Marx não levou avante seus estudos em Bonn e no prefácio de **Das Kapital**, confessou: “Os meus estudos profissionais eram os de Jurisprudência, com que, todavia, só me preocupei como disciplina secundária, ao lado de Filosofia e História.”
 - 7 Cf. em STOYANOVITCH, K. **El Pensamiento Marxista y el Derecho**. 1. ed. espanhola. Madrid: Siglo Veintiuno Editores S.A., 1977, p. 33.
 - 8 Cf. MASSINI. **Ensayo Critico acerca del Pensamiento Filosófico-Juridico de Carlos Marx**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976, p. 57.
 - 9 **Teoría del Estado y del Derecho**, obra coletiva, Ciencias Economicas y Sociales. México: Editorial Grijalbo, S.A., 1966, p. 210.
 - 10 Cf. artigo 39, *in fine*.
 - 11 Em **Das Kapital** a situação é retratada: “(...) e o que acontece na fábrica? Nela, o fabricante é o legislador absoluto. Dita os regulamentos que lhe aprazem; altera e faz acréscimos ao seu código, conforme lhe apetece; e por mais absurda que seja a disposição que introduza no seu código, dizem os tribunais aos trabalhadores: Uma vez que vos obrigastes espontaneamente dentro do

contrato, tendes de cumpri-lo... E os trabalhadores estão condenados a viver, dos nove anos até a morte sob essa tirania espiritual e física” (Op. cit. livro 1, v. 2, p. 667).

- 12 Na fórmula de Stucka, que expressa o sentido marxista, Direito “é o conjunto de relações em geral como um sistema de relações que correspondem aos interesses das classes dominantes e salvaguarda tais interesses pela violência organizada”. Na crítica de Pasukanis, a definição revela o conteúdo de classe do Direito, mas não explica a sua razão determinante. Em **A Teoria Geral do Direito e o Marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 53.
- 13 O art. 14 da Constituição da extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas refere-se ao princípio, substituindo o termo *necessidade* por *trabalho*: “de cada um segundo as suas capacidades, a cada um segundo o seu trabalho”.
- 14 Cf. Kelsen, Hans. **Teoría Comunista del Derecho y del Estado**. Buenos Aires: Emecé Editores S.A., 1958, p. 299.
- 15 **Filosofia do Direito e do Estado e suas Maiores Correntes**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980 p. 90.
- 16 GORBACHEV, Mikhail. **Perestroika** – Novas ideias para o meu País e o Mundo. São Paulo: Círculo do Livro, 1987, p. 122.
- 17 Em **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973, p. 265.

Capítulo 19

EXISTENCIALISMO E DIREITO

Sumário: 131. Filosofia da Existência. 132. Existencialismo e Direito.

131. FILOSOFIA DA EXISTÊNCIA

Devemos distinguir, previamente, as noções fundamentais de *essência* e *existência*, responsáveis pela formação de correntes filosóficas com projeções na área jurídica. O vocábulo *essentia* deriva do verbo *esse*, ser, e significa predicado indispensável à caracterização de um objeto. Se algo faz parte da essência de um fenômeno, a sua falta implica a inexistência deste. Entre os filósofos há um largo dissídio quanto à essência das coisas. Para Platão a *ideia* estaria no cerne de todos os seres e sem a qual estes não poderiam ser considerados. Afirmou que “a mente é a causa de todas as coisas”.¹ Visão mais ampla encontramos em Aristóteles, para quem os seres dimanam da união entre a essência e a existência.

Do verbo *existire*, o termo existência expressa *o que está aí, modo de ser*. Essência e existência compõem o ente: aquela indica o que uma coisa é, enquanto esta revela que uma coisa é. Por essencialismo diz-se a doutrina que sustenta o primado da essência sobre a existência. Esta seria um acidente daquela. O pensamento existencialista preconiza o inverso: o primado da existência sobre a essência. A corrente filosófica apresenta matizes diversos, sendo que a distinção maior se dá entre o existencialismo cristão, que reúne Kierkegaard, Karl Jaspers e Gabriel Marcel, e o ateu, de Heidegger e Sartre.

O existencialismo é uma filosofia centrada no ser humano; é humanismo que se preocupa com o ser individual, concreto. Cada pessoa apresenta um mundo interior personalíssimo, com seu condicionamento e circunstâncias. Considera existência inautêntica a vida social, que despersonaliza e, em lugar de converter o homem no “ser-em-si-mesmo”, impõe-lhe a lógica do *se*: se todos pensam assim, deve-se pensar igualmente; se as pessoas falam de um determinado modo, deve-se falar também... Vida autêntica é a interior, quando o homem estabelece o seu próprio *Dasein*, o seu modo próprio de ser. Daí que o “homem é o único e soberano senhor do seu destino”, conforme Jean-Paul Sartre.² Karl Jaspers admite, em pequena dimensão, a comunicação existencial entre os homens. Além de certo limite no relacionamento social, a existência se emerge na superficialidade. Existência autêntica, para ele, não requer a solidão absoluta. A liberdade se revela fundamental na concepção existencialista. De acordo com Sartre, o ser humano é livre para tudo, menos para o não ser. Em realidade, o homem está condenado à liberdade. Esta se condiciona às circunstâncias; é sempre em situação, não havendo, também, situação sem liberdade.³

A soberania do homem, no pensamento de Karl Jaspers, somente pode cessar no plano de sua consciência. “não por submissão a uma ordem exterior e incompreendida, mas por livre obediência ao próprio entendimento”.⁴

O estado espiritual é o de angústia, que surge, segundo Kierkegaard, “quando o espírito quer formular uma síntese total, quando a liberdade compreende o seu próprio abismo e lança mão da finitude para sustentar-se”.⁵ Para Heidegger a angústia decorre do sentimento da morte, ao passo que para Sartre, da solidão que envolve os atos de decisão. A angústia não impede o homem de agir. Sartre contesta a afirmativa de que a existência seja uma filosofia do quietismo, pois “define o homem pela ação”. Em sua opinião não haveria doutrina mais otimista também, pois

considera que “o destino do homem está nas suas mãos”.⁶ Na visão ateísta do filósofo francês, não haveria, na Terra, qualquer sinal que orientasse o homem, que “sem qualquer apoio e sem qualquer auxílio está condenado a cada instante a inventar o homem”.⁷

Em sua corrente de elos alternativos, a história registra que o racionalismo de Hegel provocou a reação de dinamarquês Søren Kierkegaard (1813-1855), que não admitia a abordagem da existência mediante esquemas lógicos. Enquanto para o racionalismo a realidade é acessível ao pensamento, para os filósofos da existência a vida interior é insondável, uma câmara secreta. O existencialismo surgiu com a contestação empirista do filósofo Kierkegaard, autor de diversas obras, entre as quais a tese **Sobre o Conceito de Ironia** (1841), **O Conceito de Angústia** (1844), **O Desespero Humano** (1849). Recusando-se o título de filósofo, Kierkegaard não elaborou um sistema e chegou a afirmar que “não entendeu qualquer sistema de filosofia, se é que existe algum, ou esteja terminado”.⁸

Diferentemente de Hegel, que buscava o universal e a objetividade, o escritor dinamarquês desenvolve uma reflexão introspectiva na procura do eu e das componentes *singularidade* e *intimidade*. Embora não houvesse desenvolvido sobre a filosofia da existência, o seu pensamento demonstra a prioridade da existência. Apontou três caminhos que levam à intimidade: a estética, a ética e a religião. O primeiro seria uma intuição pura; a ética, uma via que conduz ao ato de decisão mediante a livre escolha, quando o homem se acha só e em estado de angústia, sentimento que não o torna inativo; o religioso, quando o homem alcança a máxima interioridade. O pensamento existencialista alcançou esplendor no século XX, notadamente por intermédio de Martin Heidegger (1889-1976), autor de **Sei e Tempo** (1927). Para o filósofo alemão o homem não é outra coisa senão o que se constitui; é um ser ameaçado e seu horizonte é a morte. Ateísta de formação, para além da vida apontou o retorno ao *nada*. Justificando que a sua intenção inicial era apenas a ontologia, Heidegger excluiu o seu nome da filosofia da existência. Destacam-se, ainda, o alemão Karl Jaspers, o italiano Abbagnano, os franceses Jean-Paul Sartre, Simone de Beauvoir, Lavelle, Camus, Marcel e o espanhol Miguel de Unamuno.

132 . EXISTENCIALISMO E DIREITO

Nos domínios do Direito o *essencialismo* se fixa no poder da razão e no exame da natureza humana como a fonte dos princípios jurídicos. Consubstancia-se nas correntes racionalista e jusnaturalista. Traduzindo a fixidez daquela natureza, para o jusnaturalismo o Direito reúne princípios permanentes e universais e, em sua posição mais radical, nega validade às disposições contrárias àqueles princípios, isto é, à essência do Direito. Compreensão bem diversa do *Jus Naturae* encontramos no pensamento de Erich Fechner que, empregando a visão existencialista, identificou naquela ordem um conteúdo permanente de transformações, de devenir, mediante os suplementos da sociologia e da metafísica.⁹

O *existencialismo* se manifesta no panorama jurídico pela adoção de teses historicistas e positivistas. Cada ser humano possui as suas peculiaridades, seu modo de ser, sua existência própria. Em lugar de submeter os indivíduos a uma camisa-de-força, mediante padrões uniformes, o Direito deve abrir espaço para as preferências e personalizar os métodos jurídicos. Esse amoldamento do fenômeno jurídico às condições individuais constitui propriamente a equidade, que significa uma adaptação da norma ao figurino do caso concreto, à justiça do fato real.

Na apreciação de Lorenzo Carnelli, os filósofos do passado não se ocuparam da existência humana senão como um conceito, sem atentar para “a vida que somos”.¹⁰ A vida, não a existência, vem inspirando os códigos.

Com Savigny a Ciência do Direito teria alcançado um avanço importante, mas relativo. Ao situar o Direito na ordenação da experiência, o jurisconsulto alemão teria condenado o jusnaturalismo e atingido a corrente intelectualista. Não chegou a conhecer, todavia, a filosofia existencial de Kierkegaard. A teoria egológica do Direito, elaborada pelo jurisfilósofo argentino Carlos Cossio, ao identificar ontologicamente o fenômeno jurídico com a conduta, aproxima-se do pensamento existencial. Conduta e existência, conforme Carnelli, complementam-se mutuamente; “não há vida humana sem conduta, como não há conduta humana sem vida vivida”.¹¹ Na área jurídica projetam-se as concepções de Carlos Cossio, Georges Cohn, Carl Schmitt. Embora citados como filósofos da existência, Recaséns Siches e Legaz y Lacambra não se enquadram na doutrina, mas no raciovitalismo de Ortega y Gasset.

A filosofia existencial aparentemente entra em conflito com o *Jus Positum*, já que recusa uniformidade no gênero humano, entendendo que os seres racionais abrigam, cada qual, um universo próprio, não devendo ser guiados por regras abstratas e comuns, que o Direito apresenta e que levam à despersonalização. Os existencialistas criticam o Direito, situando-o também na categoria de “vida inautêntica”. Unamuno, para quem o Direito reúne conceitos que envelhecem nas mãos dos juristas, refere-se à “odiosa justiça humana, abstrata e impessoal”.¹²

O existencialismo, em princípio, não contribui para a compreensão do Direito, pois a sua atenção volta-se para o individual e subjetivo, enquanto o Direito compõe-se de padrões de comportamento que se destinam à generalidade dos indivíduos. Além disso, a chamada decisão existencial opera-se na subjetividade, no foro íntimo de cada pessoa, ao passo que na decisão jurídica o espírito baseia-se em critérios objetivos e medidas de caráter geral. Por outro lado, o Direito se coloca no plano da inautenticidade, uma vez que dispõe sobre as relações sociais, sobre a vida em sociedade, que significa existência inautêntica ou degradada. A autêntica se configura no âmbito da consciência, na solidão, diante de situações-limite que impõem a responsabilidade da decisão judicial. Para Werner Maihoffer o Direito constitui a forma mais inautêntica de existência, porque considera o homem no contexto das relações sociais, alcançando-o não pela simples condição de pessoa, mas como protagonista de situações-limite em que atua como empregador ou empregado, no ramo trabalhista; como pai ou filho, no Direito de Família.

Seria um equívoco negar-se à filosofia da existência qualquer benefício ao aperfeiçoamento do Direito. Este como se sabe, existe em função do ser social e para cumprir a sua missão é indispensável que a Ciência Jurídica previamente, disponha de conhecimento sobre o homem. Ora, toda definição, todo estudo do homem e suas contingências há de influenciar, de alguma forma, no ser do Direito, nas suas disposições. Ao despertar a atenção sobre o singular que existe em cada ser humano e na impropriedade de uma regra universal que alcance, indistintamente, as pessoas, a filosofia da existência propõe ao legislador, indiretamente, a organização de um sistema jurídico que permita o livre curso da vontade e que autorize os tribunais a adaptação das regras às peculiaridades do caso concreto. Corts Grau admite que o existencialismo “*ha contribuido a renovar la preocupación por el hombre en el mundo jurídico y a superar el formalismo*”.¹³

Não há como se operar, na prática, a conciliação plena entre o pensamento existencialista e a missão da lei. Pode-se promover a aproximação do Direito à tese existencialista, mas, no valor segurança jurídica, temos a barreira que veda a harmonia entre os princípios daquela filosofia e o Direito. A composição entre ambos não se opera, notadamente, por três razões: a) incapacidade de o Direito captar a verdade existencial que se desenrola na consciência individual; b) a característica de generalidade dos preceitos jurídicos; c) a subordinação dos juízes a esquemas normativos fechados.

O ordenamento jurídico se apresenta como aparelho artificial, que se impõe aos homens e que não encontra fundamentação na filosofia existencial. Esta, em realidade, não admite regras preexistentes. O homem, no exercício

de sua liberdade, deve criar o seu *Dasein*, isto é, o seu modo de existir. Diante de tal premissa, não há fórmula possível de conciliação entre aquela corrente e o Direito que, na anterioridade das leis aos fatos, possui um de seus princípios básicos. Podemos cogitar, todavia, de um sistema normativo que, embora não realize o projeto existencial, dele se aproxime. E isto haverá de ser alcançado na medida em que se confira maior autonomia à vontade. A liberdade de se firmar contratos torna possível a adequação de interesses às condições objetivas. As partes se sujeitam a regras eleitas livremente.

O Direito Positivo modelado sob a influência da filosofia existencial há de permitir, até onde os anseios de segurança admitam, a máxima liberdade. Para tanto, deverá dispor o mínimo necessário sobre a conduta interindividual. De um modo geral, na disciplina dos fatos sociais, as normas estabelecem limites, impõem restrições, excluem alternativas. O mínimo normativo, ora considerado, não se confunde com o fenômeno da *anomia*, pois não se cogita de ausência de normas, ou em se deixar, a descoberto, áreas de interesse.

A fim de se permitir aos tribunais a adaptação do Direito às condições particulares, as normas jurídicas não devem ser rígidas, mas se apresentar com esquemas abertos e flexíveis. Tanto quanto o valor segurança jurídica permita, as decisões judiciais devem aplicar os critérios de equidade. Não se cogita, aqui, da apologia do Direito Livre, corrente que não prosperou na teoria jurídica. Enquanto esta preconizava a liberdade plena dos juízes na busca da solução justa, pensamos na ampliação das hipóteses de franquia ao Judiciário na adaptação das regras e princípios jurídicos às exigências de justiça do caso concreto.

-
- 1 *Apud* JACQUES, Paulino. **Do Conceito do Direito** (Essência e Existência). Rio de Janeiro: Forense 1964, p. 14. Uma variante do pensamento platônico foi apresentada por George Berkeley (1685-1753), filósofo irlandês, para quem o *percepi*, ser percebido, seria a condição da existência, pois as coisas existiam porque percebidas pelo espírito.
 - 2 *Apud* AUGUSTE ETCHEVERRY, S. **O Conflito Atual dos Humanismos** Porto: Livraria Tavares Martins, 1975, p. 84.
 - 3 *Idem*, p. 88.
 - 4 JASPERS, Karl. **Introdução ao Pensamento Filosófico**. São Paulo: Cultrix, 1980, p. 108.
 - 5 *Apud* GAMBRA, Rafael. **Pequena História da Filosofia**. Porto: Livraria Tavares Martins, 1970, p. 374.
 - 6 SARTRE, Jean-Paul. **O Existencialismo é um Humanismo** Os Pensadores. São Paulo: Abri Cultural, 1973, v. XLV, p. 16.
 - 7 *Idem*, p. 16.
 - 8 **Em Temor e Tremor**.
 - 9 Cf. ALVAREZ GARDIOL, Arie. **Manual de Filosofía del Derecho** 1. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979, p. 194.
 - 10 CARNELLI, Lorenzo. **Tempo e Direito**. Rio de Janeiro: José Konfino – Editor, 1960, p. 20.
 - 11 *Op. cit.*, p. 46.
 - 12 *Apud* LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. **Filosofía del Derecho** 2. ed. Barcelona: Bosch, Casa Editorial 1961, p. 174.

13 CORTS GRAU, José. **Curso de Derecho Natural**. 4. ed. Madrid: Nacional, 1970, p. 217.

Capítulo 20

A FILOSOFIA JURÍDICA DE DEL VECCHIO

Sumário: **133.** O jurisfilósofo italiano e sua obra. **134.** Objeto da Filosofia do Direito. **135.** Conceito e ideal do Direito. **136.** Fundamento racional do Direito.

133. O JURISFILÓSOFO ITALIANO E SUA OBRA

Para se obter a visão do panorama jurídico-filosófico do século XX é imprescindível o conhecimento da obra do italiano Giorgio Del Vecchio (1878-1970), um dos principais jurisfilósofos do passado recente.¹ O destaque de seu nome provém tanto da excelência de suas reflexões na área da *scientia altior* do Direito, quanto por sua intensa participação em fatos relacionados com a disciplina. Após o doutorado em Gênova (1900), Del Vecchio ingressou no magistério jurídico, lecionando em Ferrara, Sassari, Messina, Bolonha – sua terra natal – e em Roma, onde foi reitor da Universidade, em 1925. Em sua atividade cultural, fundou e dirigiu, por muitos anos, a **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto** e presidiu o **Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique**. Em sua apreciada produção jurídico-filosófica ocupam especial relevo: **Pressuposto Filosófico da Noção do Direito** (1905), **Conceito do Direito** (1906), **Conceito da Natureza e o Princípio do Direito** (1908), **Princípios Gerais do Direito** (1921), **A Justiça** (1922), **Lições de Filosofia do Direito** (1930), obra esta que reproduz estudos anteriores e que alcançou ampla divulgação em nosso país mediante edição portuguesa.

A publicação das primeiras produções delvecchianas, no início do século XX, conforme observação de Guido Fassò, causou forte impressão no meio especializado italiano, dominado à época pela filosofia positiva.² Com o mestre peninsular, as considerações filosóficas não focalizaram passivamente o objeto, mas convergiram para a pessoa humana. Ao lado de seu antecessor na cátedra da Universidade de Roma, Icilio Vanni, de quem também foi discípulo, combateu o positivismo jurídico e contribuiu, segundo Ruiz Moreno,³ para a recuperação da autonomia da Filosofia do Direito em relação ao positivismo sociológico.

A influência do filósofo alemão E. Kant é percebida na obra de Del Vecchio, que expressamente a reconheceu embora com ressalva: “Kant foi para mim... como um reagente, para me arrancar do pântano positivista e pseudoidealista. Mas não é verdade que o meu sistema resulte apenas de inspirações kantianas, nem que seja moldado no formalismo de Kant.”⁴ Embora a presença de elementos kantianos em seu pensamento e a influência de Stammler, Del Vecchio produziu uma obra personalizada e com desenvolvimentos originais. A crença jusnaturalista se revela marcante na filosofia de Del Vecchio, notadamente em sua reação quando o Direito italiano substituiu a noção codificada de princípios gerais de Direito. O Código Civil italiano, de 1865, pelo art. 3º do título preliminar, estabeleceu que os juízes deveriam recorrer “aos princípios da razão jurídica natural, que constituem os sólidos princípios para a definição de toda relação humana e social”, na hipótese de lacuna da lei e impossibilidade de aplicação da analogia; todavia, o Código Civil de 1942 – legislação gerada pela ideologia do nacional-socialismo – trocou aquele critério e impôs uma fórmula positivista de autointegração: “Segundo os princípios do ordenamento jurídico do Estado.” A nova identificação dos princípios gerais de Direito, ao seu ver, é imprecisa, inexata e superflua. A fonte inesgotável do Direito é a chamada natureza das coisas, que se torna acessível ao conhecimento

pela razão.⁵

Dado que a admissão da ideia do Direito Natural como suporte ético do ordenamento positivo é inequívoca na obra delvecchiana, não é possível a filiação do jurista-filósofo ao neokantismo, que é doutrina complementar do positivismo jurídico. Poder-se-á concordar, talvez, com Le Fur: “É neokantiano também até certo ponto; mas, em vez de cair no criticismo lógico, orienta-se para um criticismo moral, que o aproxima consideravelmente da teoria tradicional, não no sentido do século XVIII, mas no da filosofia grega, romana e cristã.”⁶ Da filosofia kantiana, afasta-se quanto a teleologia do Estado. Enquanto para o autor de **Crítica da Razão Pura** o fim do Estado se esgota com a elaboração e exigência do cumprimento de leis que zelam pela igual liberdade de todos, para Del Vecchio o Estado deve ir além e exercer “a constante tutela dos direitos naturais da pessoa”.⁷ Relevante de se assinalar, ainda, a afinidade, reconhecida por Del Vecchio, entre o seu pensamento e a linha filosófica de Fichte. Ambos exaltaram o valor liberdade e a importância da personalidade humana nos domínios do Direito.⁸ O pensamento do mestre italiano é animado por um acentuado idealismo, conforme se pode verificar nesta passagem de **Lições de Filosofia do Direito** “Ao estudo e à defesa da justiça devem ser consagrados os maiores sacrifícios.”⁹

134 . OBJETO DA FILOSOFIA DO DIREITO

A Filosofia Jurídica foi considerada por Del Vecchio como a própria Filosofia aplicada ao Direito, pelo que teria por missão o estudo do Direito em sua dimensão universal, o que implica a busca dos primeiros princípios jurídicos. Ao dividir a Filosofia em teórica e prática, atribuiu à primeira a pesquisa do *ser* e à segunda, a do *agir*. Enquanto a Filosofia teórica reúne a Ontologia, Teoria do Conhecimento, Lógica, Psicologia e Estética, a Filosofia prática também denominada *Ética*, subdivide-se em Filosofia da Moral e Filosofia do Direito. Se a missão da Filosofia Jurídica consiste na análise do Direito *in universale*, a Ciência Jurídica o estuda *in particolare*.

Para o objeto da Filosofia do Direito, Del Vecchio apresentou tríplice investigação: lógica, fenomenológica e deontológica. A pesquisa lógica corresponde ao conceito do Direito *in genere*. Ao responder a indagação *quid Jus?* (o que é o Direito?), pretende-se oferecer a fórmula geral do Direito, não contingente, mas aplicável invariavelmente a cada sistema jurídico. A credencial para o esclarecimento acha-se entregue ao jusfilósofo. Dentro do esquema kantiano, expõe que diante da pergunta *quid juris?* (o que é de Direito?) o jurista há de considerar determinada ordem jurídica, hipótese em que se situa no plano da Ciência Jurídica. Para se alcançar o conceito do Direito é indispensável uma série de estudos, como o que se refere às relações entre o Direito e a Moral, Direito objetivo e subjetivo, coercibilidade, sujeitos de direito, relação jurídica.

A investigação fenomenológica se desenvolve pelo exame dos sistemas de diferentes povos, na busca de certos princípios comuns atuantes no desenvolvimento histórico do Direito. Pensa Del Vecchio que o Direito Positivo de cada povo não é formado apenas por elementos peculiares. Haveria – é o que se depreende – alguns *a priori* universais na experiência jurídica. Seriam causas genéricas universais e que dariam fundamento aos sistemas jurídicos em seu constante *devenir*. Para alguns autores, esta tarefa não seria própria da Filosofia do Direito, mas objeto da Sociologia Jurídica.

Ao estudar o Direito em seus aspectos particulares, as ciências jurídicas limitam-se a revelar o Direito vigente; emitem apenas juízos de realidade. A consciência jurídica não se contenta, todavia, em conhecer os esquemas normativos e se dispõe a avaliá-los eticamente. É a investigação deontológica da Filosofia do Direito. Por ser

intermédio questiona-se o elemento axiológico; indaga-se a adequação da lei aos anseios de justiça. Nesta perspectiva pesquisa-se também o Direito ideal, aquele que deve nortear o sistema jurídico e lhe servir de fonte de legitimação e racionalidade.¹⁰

135. CONCEITO E IDEAL DO DIREITO

A definição lógica do Direito é tarefa difícil e ao mesmo tempo inarredável para os fins da ciência. Se consultarmos a História ela não dirá o que é o Direito, mas sim como são os sistemas jurídicos dos diversos povos. A incapacidade da História para formular a definição teria favorecido o ceticismo jurídico, movimento que nega o conceito universal do Direito. É um outro equívoco a não distinção entre conceito e ideal do Direito. A fim de se evitar a contradição entre instituições no campo histórico, os filósofos passaram a admitir a existência de um critério ideal do Direito. O caráter absoluto da justiça seria um imperativo da consciência. O Direito Natural foi apontado por Del Vecchio como o grande referencial do justo, o qual se assenta “na própria constituição das coisas e nunca no mero capricho do legislador momentâneo”.¹¹ O conceito do Direito, que não se compromete com qualquer sistema, mas que a todos deve alcançar, não pode deixar de abranger também o Direito Natural, dada a condição de ser este um sistema de Direito. Seria um erro, por outro lado, a adoção do ideal como conceito do Direito. Assim, se pretendêssemos converter a definição do ideal, formulado por Kant, em conceito genérico e universal, poderíamos concluir que “o Direito talvez nunca tivesse existido”.¹² Pela definição kantiana de Direito, este seria “o complexo das condições que possibilitam a coexistência do arbítrio de cada um com o arbítrio dos outros, segundo uma lei universal de liberdade”.¹³ A prevalecer tal enunciado nem o Direito Romano teria o *status* de Direito, pois, com a instituição da escravatura, não reconheceu a igual liberdade de todos.

Considerando que *o múltiplo pressupõe a unidade*, o mestre italiano admite que a radiografia dos inúmeros sistemas jurídicos revele uma noção constante do Direito. Esta não se manifesta por um conteúdo da realidade jurídica, por norma ou proposição, mas por pressupostos de natureza formal, uniformemente presentes em toda experiência jurídica, independente de seu conteúdo. Tal forma lógica não subjaz no mundo exterior, mas se apresenta em sede subjetiva; encontra-se na mente humana. Neste particular, evoca Santo Agostinho: “*Noli foras ire; in te ipsum redi; in interiore homine habitat veritas*” (Não vás olhando para fora de ti; entra em ti mesmo; no interior do homem reside a verdade).¹⁴ A forma lógica do Direito não provém, portanto, da experiência, mas constitui um *a priori* condicionante da realidade jurídica. Toda proposição, para obter o selo de juridicidade, há de participar daquela forma que, do ponto de vista lógico, é anterior à experiência jurídica.

Em um ordenamento lógico de exposição científica, após a análise dos elementos essenciais ao conceito do Direito, Del Vecchio, em *consecutivum*, apresentou a sua definição. Visando o lado mais didático, seguiremos inversamente o caminho eleito pelo escritor. O conceito do Direito foi por ele definido como: “A coordenação objetiva das ações possíveis entre vários sujeitos, segundo um princípio ético que as determina, excluindo qualquer impedimento.”¹⁵

O ponto de partida para o estudo da definição delvecchiana há de recair em seu conceito de *ação*, situada esta como “fato da natureza que é, simultaneamente, um fato da vontade”.¹⁶ Cada ação pressupõe um elemento interno, representado pela afirmação da vontade, e outro externo, ligado ao mundo físico. Ambos são essenciais e interligados. Daí não ser correta a distinção entre *ação interna* e *ação externa*. Não procede a observação de que o Direito se desinteressa pelos motivos das ações, haja vista a atenção que dispensa ao elemento volitivo,

especialmente em matéria criminal e na teoria da interpretação dos contratos. O plano do pensamento, da consciência, não seria exclusivo da Moral. O ato de pensar seria uma forma de exercício de um direito, pois “o que não é proibido é juridicamente lícito”. Por via de consequência, Del Vecchio rejeita a doutrina tradicional que indica para a Moral uma esfera de maior diâmetro do que a do Direito. Entre este e aquela não haveria diferenças *quantitativas*, senão *qualitativas*.

O *direito da força*, teoria adotada por antigos filósofos, como Trasímaco, para quem “o justo é aquilo que convém ao mais forte”, foi objeto de refutação. Inadmissível a identificação do critério jurídico com a força, pois o conceito do Direito não se confunde com o fato e integra a classe dos valores. Relativamente à distinção entre lei física e lei jurídica, situou a primeira no plano do ser, pois revela *o que é*, ao passo que a segunda expressa o *dever-ser*. Enquanto um só fato contrário à lei física seria suficiente para destruí-la, a jurídica se mantém indene ante a violação de seus preceitos. A violabilidade é uma condição essencial à lei jurídica, pois “se fosse impossível o torto, desnecessário seria o Direito”.¹⁷ O Direito e o torto se pressupõem mutuamente, pois um não pode ser concebido sem o outro. A definição de um implica a do outro.

Na multiplicidade de normas que dispõem sobre o convívio, Del Vecchio reconhece apenas a Moral e o Direito, que seriam as únicas categorias éticas. Não haveria um *tertium genus*, pois as ações humanas, ou são consideradas *a parte subjecti*, ou *a parte objecti*, respectivamente esferas da Moral e do Direito. As Regras de Trato Social em sua maior parte, seriam apenas parcelas secundárias ou subespécies da Moral. Ao exame da distinção entre as duas partes da Ética, o mestre italiano adverte para a coerência que não pode faltar entre ambas, que devem ter um *fundamento comum*, uma vez que a atividade humana é única. A contradição se patenteia apenas quando o Direito impõe a conduta vedada pela Moral. Direito e Moral fazem parte daqueles conceitos que se distinguem mas que não se separam. Na valoração das ações, o Direito parte do elemento objetivo, do aspecto físico e rapidamente passa à análise do aspecto subjetivo. A apreciação pela Moral percorre sentido inverso, pois cuida em primeiro plano do fato psíquico e, depois, de sua projeção na realidade exterior.

A principal distinção entre as duas esferas estaria no fato de que a Moral é unilateral, ao passo que o Direito é bilateral. A primeira alcança apenas o agente da ação, impondo-lhe a escolha entre as várias condutas possíveis. Ao relacionar os indivíduos, o Direito exige-lhes certos comportamentos. A Moral indica o dever e não confere poder; o Direito define a obrigação e o poder correspondente. Tal paralelo não implica a afirmativa pelo autor de que apenas o Direito apresenta *alteridade*, pois é inequívoco que a Moral estabelece deveres em relação aos semelhantes. O que se depreende é que esta esfera, diferentemente do Direito, não outorga o poder de exigir determinadas condutas. A coercibilidade, que significa possibilidade de se constranger alguém para o cumprimento de seu dever, é nota exclusiva do Direito. Não é força em ato, mas em potência; é *possibilidade jurídica*. Em decorrência da característica ímpar, alguns autores atribuem ao Direito um grau maior de perfeição em face da Moral. Os deveres jurídicos seriam perfeitos, pois a conduta poderia ser exigida coercitivamente, já os deveres morais seriam imperfeitos pela carência de coação externa. Del Vecchio rejeita estas ilações, sob o fundamento de que os dois setores da Ética possuem sanções próprias. Se o Direito dispõe do elemento força, a Moral reúne outros tipos de sanção, como o remorso e a reação da opinião pública, que podem atuar eficazmente.

Ao submeter a exame as noções de Direito objetivo e de direito subjetivo, embora reconhecendo a sua distinção e conexidade, concluiu que, em última análise, reduzem-se a um só conceito. Essencialmente uma coordenação externa das ações, o Direito objetivo é norma de coexistência, que possui os caracteres de bilateralidade, generalidade, imperatividade e coercibilidade. Em seu aspecto subjetivo, o Direito se manifesta como proteção ou faculdade de se exigir uma conduta do titular do dever jurídico. O direito subjetivo não se confunde com

a simples possibilidade de fazer e com a possibilidade física. Esta é mais ampla e configura a liberdade natural. Distinguiu dois elementos no direito subjetivo: a) *interno*: possibilidade de querer e de agir de acordo com certos limites; b) *externo*: possibilidade de se exigir respeito. Em síntese, o direito subjetivo é a “faculdade de querer e de pretender, atribuída a um sujeito, a qual corresponde uma obrigação por parte dos outros”.¹⁸

Os direitos e deveres existem sempre em relação jurídica, que é “o vínculo entre pessoas, em virtude do qual uma delas pode pretender qualquer coisa a que a outra é obrigada”.¹⁹ Sujeito ativo é a parte que dispõe da faculdade ou proteção; *sujeito passivo* é o titular da obrigação. Relação jurídica é sempre um liame entre pessoas, naturais ou jurídicas. Considerando que o Direito se refere ao querer e ao obrar, “qualquer homem é sujeito de direito, enquanto goza da capacidade de querer e de se determinar em relação aos outros”.²⁰ Assimilando princípio assente em Filosofia do Direito, o Direito Positivo reconhece ao homem a titularidade de direito apenas por sua condição de ente humano. Relativamente à natureza da pessoa jurídica, após submeter o tema a uma ampla análise, concluiu que os entes coletivos são *reais*, pois integram a *realidade jurídica* como portadores de necessidades efetivas e pelo fato de exercitarem vivamente as suas atividades. Em sua opinião, o Direito não cria as pessoas jurídicas, apenas lhes dá disciplina.

136 . FUNDAMENTO RACIONAL DO DIREITO

Os fenômenos naturais se acham subordinados ao princípio da causalidade. As próprias ações humanas, em seu aspecto físico, podem ser explicadas *per causas*. Este é um postulado das ciências físicas que se admite aprioristicamente. A realidade estaria sujeita também à interpretação *metafísica* ou *teleológica*. Del Vecchio reconhece, nesse particular, uma finalidade imanente à natureza. Não haveria contradição entre os dois princípios, mas convergência. Rejeitou a tese de que a interpretação teleológica é subjetiva, ao passo que o princípio da causalidade teria a vantagem da objetividade, pois este seria subjetivo, uma vez que a sua concepção se funda em *a priori* da razão. O jurista-filósofo italiano se reporta à orientação de Kant, para quem apenas os organismos apresentam, em rigor, noção de fim. A concepção organicista do universo se encontra patente na doutrina delvecchiana. Dentro de uma visão evolucionista, admite o princípio de finalidade intrínseco também na matéria inorgânica, diferentemente do que imaginara Kant. A confirmar o seu postulado metafísico, reproduziu máximas correntes: “a natureza não faz nada em vão” e “a natureza não faz nada por acaso”.²¹

No mundo natural o homem não se apresenta como objeto das forças da natureza, mas como ser autônomo, com princípios e fins; não se revela apenas um ser empírico, *homo phaenomenon*, núcleo de paixões e de afeições, mas se projeta como ser racional, *homo noumenon*.²² Como parte da natureza o homem deve atuar em conformidade com as leis físicas; relativamente sua integração à ordem metafísica ou teleológica, deve ir além, obrar com liberdade e agir de acordo com os princípios universais e absolutos de sua consciência e não pelo que constitui a sua individualidade: “Opera como se nele operasse a humanidade, ou como se qualquer outro sujeito estivesse no lugar dele.”²³ O princípio da Moral e do Direito tem por sede a natureza e a essência do homem. A dimensão jurídica se manifesta quando se aplica aquele critério nas relações de convivência. O princípio jurídico autoriza ao homem a sua autodeterminação, a exigir que seja respeitado e a não aceitar ser subjugado como elemento do mundo sensível. Tanto a Moral quanto a Filosofia do Direito, por se referirem a campos normativos e a valores, fundam-se na interpretação metafísica ou teleológica da natureza humana. Esta foi erigida pelo mestre peninsular como fundamento do Direito. O princípio adotado é o mesmo proclamado por Cícero: “*Natura iuris ab hominis*

repetenda est natura.”²⁴

-
- 1 Para José M. Rodríguez Paniagua, Giorgio Del Vecchio é, talvez, *la figura más significativa e influyente de la filosofía del Derecho en el siglo XX*. Nesta observação, Paniagua não considerou o pensamento de Hans Kelsen por não situá-lo nos domínios da Filosofia do Direito. Cf. em **Historia del Pensamiento Jurídico**. 3. ed. Madrid: Universidad Complutense, 1977, p. 203.
 - 2 FASSÒ, Guido. Op. cit., v. 3, p. 195.
 - 3 RUIZ MORENO, Martín T. Op. cit., p. 427.
 - 4 *Apud* VELOZO, Francisco José. Prefácio do tradutor à obra de Del Vecchio. **A Verdade na Moral e no Direito**. Braga: Editorial Scientia & ARS Editorial, s/d., p. 13.
 - 5 Cf. **Lições de Filosofia do Direito**, cit., v. II, p. 110.
 - 6 *Apud* VELOZO, Francisco José. Op. cit., p. 13.
 - 7 DEL VECCHIO, Giorgio. **Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1957, p. 100.
 - 8 Cf. RUIZ MORENO. Op. cit., p. 426.
 - 9 DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**, cit., v. II, p. 17.
 - 10 *Idem*, v. II, p. 12.
 - 11 Op. cit., v. II, p. 47.
 - 12 Op. cit., v. II, p. 50.
 - 13 Op. cit., v. II, p. 50.
 - 14 *Idem*, p. 54.
 - 15 *Idem*, p. 86.
 - 16 *Idem*, p. 62.
 - 17 *Idem*, p. 72.
 - 18 *Idem*, p. 182.
 - 19 *Idem*, p. 194.
 - 20 *Idem*, p. 195.
 - 21 *Idem*, p. 360 e em **El Concepto de la Naturaleza y el Principio del Derecho** Madrid: Hijos de Reus, Editores, s/d., p. 33.
 - 22 **Lições de Filosofia do Direito**, cit., v. II, p. 365 e em **El Concepto de la Naturaleza y el Principio del Derecho**, cit., p. 46. Nesta passagem a influência kantiana se faz presente no pensamento do autor e em sua terminologia.
 - 23 **Lições de Filosofia do Direito**, cit., v. II, p. 368.
 - 24 *Idem*. p. 352.

Capítulo 21

NOVA RETÓRICA E TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Sumário: 137. Lógica jurídica. 138. Argumentação jurídica – considerações gerais. 139. Silogismo e argumentação jurídica. 140. Tópica de Aristóteles. 141. Tópica jurídica de Viehweg. 142. Chaïm Perelman e a teoria da argumentação. 143. Robert Alexy e a teoria da argumentação. 144. Jürgen Habermas e a ação comunicativa.

137. LÓGICA JURÍDICA

Uma das disciplinas indispensáveis à formação do jurista é a Lógica Jurídica, que fornece os subsídios necessários à articulação do raciocínio aplicado ao mundo do Direito. Os princípios que reúne visam à coerência entre os diversos segmentos do Direito. Este deve ser *uma única voz de comando*, um conjunto harmônico, sem contradições internas. A uniformidade deve estar presente nos conteúdos ideológicos, na linguagem e na aplicação das regras jurídicas. O objeto da Lógica, no dizer de Perelman, “*é o estudo dos meios de prova*”. A Lógica Formal se limita à prova formal, a regularidade da forma das premissas e conclusão.¹

A dialética, a partir da Antiguidade até o primeiro quartel do século XIX, designava a própria Lógica e, a partir de Hegel, alcançou significado distinto. A dialética hegeliana é uma dinâmica de evolução que se opera mediante a *tese*, a *antítese* e a *síntese*.

Lógica Jurídica é o ramo do conhecimento filosófico que, por métodos e princípios específicos, orienta a elaboração de juízos e conceitos na esfera do Direito. A *razão* é a matéria ou substrato da disciplina, que direciona o pensamento ao encontro da verdade. Há quem entenda, como Klug, que a Lógica Jurídica é a própria Lógica Formal aplicada ao Direito. Esta, todavia, é uma visão limitada e nociva ao raciocínio jurídico, que ficaria adstrito a rígidas formas. Perelman possui uma visão mais compreensiva e moldada à natureza cambiante do Direito: “*O que há de específico na lógica jurídica é que ela não é uma lógica da demonstração formal, mas uma lógica da argumentação, que não utiliza provas analíticas, que são coercivas, mas provas dialéticas...*” Tais provas dialéticas visam a convencer, ou a persuadir quem está encarregado de julgar uma controvérsia jurídica.²

Enquanto as correntes jusnaturalistas, de fundo racionalista, tendem a valorizar o significado da Lógica no campo jurídico, as realistas ou antiformalistas minimizam o significado. Exemplo desta posição encontra-se na doutrina de Oliver Holmes (1809-1894), para quem a visão geral do Direito Consuetudinário não depende apenas da Lógica, mas também de outros instrumentos. Para realçar a importância deste últimos, declarou que “*A vida do Direito não foi a Lógica; foi a experiência.*” Mais do que os silogismos, as necessidades de cada fase histórica, as teorias morais e políticas, bem assim as intuições de ordem pública, declaradas ou inconscientes, inclusive os preconceitos da sociedade, influenciaram a determinação do Direito. O antigo professor da Universidade de Harvard acrescenta: “*O Direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação no curso de muitos séculos e não pode ser tratado como se apenas contivesse axiomas e corolários de um livro de matemática.*”³

Holmes não pretendeu anular a importância da Lógica na vida do Direito, apenas enfatizou a contribuição de outros instrumentos na elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas. Se algumas doutrinas radicalizam

o significado da Lógica Jurídica e outras, como a *Lógica de lo razonable*, de R. Siches, consideram o silogismo jurídico um grave erro, a virtude mais uma vez escapa dos extremos. A vida do Direito depende tanto da Lógica quanto da experiência; tanto dos silogismos quanto da lição direta dos fatos, da experiência do cotidiano.

No mundo do Direito, há de haver uniformidade entre as regras e princípios lógicos seguidos pelo legislador e os observados pelos intérpretes em geral e tribunais. A metodologia, entretanto, é diversificada, pois, enquanto o legislador parte de princípios gerais ou específicos de Direito e, indutivamente, compõe os textos normativos, os intérpretes e tribunais, em sentido inverso, analisam os textos normativos para, dedutivamente, alcançar as regras e os princípios gerais de Direito consagrados pelo codificador. O método indutivo é também utilizado pelos intérpretes em geral e tribunais quando o legislador não construiu, específica e diretamente, a norma orientadora do caso concreto, mas a deixou implícita na lei. Estudando o conteúdo de diversas disposições o operador jurídico induz a consequência ou disposição aplicável à hipótese considerada.

Um dos temas mais importantes da Lógica Jurídica diz respeito à estrutura lógica das normas jurídicas. Enquanto as normas morais são juízos categóricos, pois se impõem incondicionalmente, as jurídicas são juízos hipotéticos, que obrigam sob determinadas circunstâncias. A estrutura lógica das normas morais pode ser enunciada pelo esquema “*Deve ser A*”. A norma moral que orienta o respeito ao próximo, por exemplo, obriga em qualquer circunstância. Já a norma jurídica, como juízo hipotético, impõe-se apenas em determinadas situações, daí ser representada logicamente pelo esquema “*Se A é, B deve ser; sob pena de S*”, em que “A” constitui o *suposto* ou *hipótese*, “B” é a *disposição* ou *consequência* e “S”, a sanção em caso de descumprimento. Seja o exemplo: Pedro corre perigo de vida e Antônio se encontra no local em condições de ajudá-lo (suposto ou hipótese), neste caso Antônio possui o dever jurídico de socorrê-lo (disposição ou consequência), sob pena de sua omissão caracterizar um tipo delitivo previsto no Código Penal e sujeitar-se à pena privativa de liberdade.

O austríaco Hans Kelsen, em lugar de um esquema unitário, apresenta para as normas jurídicas uma estrutura lógica binária, pois distingue a norma primária da secundária. Com a versão definitiva de sua Teoria Pura do Direito, divulgada após a sua morte (1973), para a norma primária formula o enunciado: “*Dado Ft, deve ser P*”, em que “Ft” constitui o *fato temporal* e “P” a *prestação*. “No exemplo acima, de omissão de socorro, ter-se-ia: Se a vida de Pedro corre perigo e Antônio pode socorrê-lo, este deverá prestar o socorro.” A norma secundária segue o esquema: “*Dano ãP, deve ser S*”, em que “ãP” significa que o agente, diante de um fato temporal, não efetuou a prestação, enquanto “S” representa a consequência para o descumprimento do dever, ou seja, a sanção.⁴

Tanto na primeira quanto na segunda edição da obra supracitada, Kelsen havia dado maior ênfase a sanção coativa, integrando-a à norma primária, assim enunciada: “*Se A é, B deve ser*”, ou seja, se o agente não cumpriu o dever jurídico deve sujeitar-se às sanções legais. “A” representa a conduta ilícita, enquanto “B” a sanção coativa. A norma primária formulava a noção do dever jurídico. Esta visão invertida foi objeto, como dissemos, de correção, efetuada na obra *Teoria Geral das Normas*.

Como anota Perelman, a partir de 1.790, quando a justificação da sentença judicial se tornou obrigatória, é justamente na *motivação dos tribunais* que a Lógica Formal tem sido aplicada mais expressivamente. Diz o eminente jurista-filósofo belga: “*Esta Lógica se orienta pela ideologia que guia a atividade dos juízes, pela maneira como concebem seu papel e sua missão e por sua concepção do Direito e de suas relações, como juízes, com o poder legislativo.*”⁵

138. ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA – CONSIDERAÇÕES GERAIS

A vida do Direito, por qualquer aspecto que seja considerada, envolve dissídios de opiniões. Isto ocorre no âmbito teórico, seja na perspectiva filosófica, sociológica ou dogmática; igualmente na esfera das aplicações práticas. No campo das ciências exatas e das que tratam dos fenômenos naturais em geral, o acordo entre os cientistas é facilitado por dados concretos, pelas demonstrações objetivas. Esta modalidade de comprovação inexistente na esfera jurídica, sempre plena de controvérsias, daí a importância das argumentações. Perelman coloca em destaque as dificuldades que envolvem as decisões, tanto dos legisladores, quanto dos magistrados e dos funcionários, os quais devem assumir as suas responsabilidades. Diz o eminente jurista-filósofo: “... *são raras as situações em que as boas razões que militam em favor de uma solução não quedem contrabalanceadas por razões mais ou menos boas que pesem a favor de uma solução diferente*”.⁶

No passado mais distante, quando o Direito formava um todo homogêneo com a Moral e a Religião, os argumentos dos causídicos se desenvolviam dentro dos amplos limites daqueles três instrumentos de controle social. Não se exigia, então, motivação das sentenças, mas quando os juízes davam as suas razões estas possuíam conteúdo ético variado. Nesta época, anterior ao Estado de Direito e à era da codificação, os argumentos não se concentravam em legislação, mas na ideia de justiça. À medida que se tomava consciência da distinção entre aqueles domínios, os operadores jurídicos centralizavam os seus discursos em argumentos jurídicos. Dado o entrelace axiológico entre o Direito, a Moral e a Religião, em diversas questões o discurso jurídico se desenvolve com maior liberdade, não se limitando aos aspectos estritamente legais.

Na Ciência do Direito, a argumentação jurídica é campo de estudo pesquisado de longa data. Obras consagradas, como as de Theodor Viehweg, Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris e Karl Engisch, dedicaram-se ao tema, analisando-o como *método jurídico* ou *metodologia jurídica*. Na pós-modernidade, autores de expressão, como Chaïm Perelman, Robert Alexy e Manuel Atienza desenvolvem o tema sob o título *argumentação jurídica*.⁷ Enquanto nos enfoques anteriores buscavam-se esclarecimentos e orientações sobre as técnicas hermenêuticas e critérios de aplicação do Direito, na *teoria da argumentação jurídica* os estudos se concentram no discurso de justificação, especialmente no de juízes.⁸

Argumentar, na definição de Norbert Horn, consiste em “*desenvolver e ponderar razões e contrarrazões sob as condições de um diálogo (discurso) de diversas partes, para chegar a uma decisão*”.⁹ Especialmente nos tribunais desenvolve-se a técnica de argumentação. No contencioso, as partes argumentam e contra-argumentam. Defendem teses opostas. Valem-se então de argumentos, fáticos e jurídicos. Em seus arrazoados, cada parte não apenas sustenta a sua tese como tenta desqualificar a de seu oponente, reportando-se à lei, à doutrina ou à jurisprudência. Na contra-argumentação fática, aponta distorções, fundando-se em elementos probatórios, nas *regras de experiência comum ministradas pela observação do que ordinariamente acontece*;¹⁰ na contra-argumentação jurídica, contesta os fundamentos jurídicos apontados, formulando a reinterpretação da ordem jurídica. De fundamental importância é a relevância dos argumentos expostos. Ao contra-argumentar, pode-se arguir a inconsistência da tese oposta, demonstrando--se a irrelevância de fatos ou de normas em que se apoia. O Ministério Público, ao se posicionar nas demandas em que intervêm, articula o seu discurso fundando-o nas leis e em fontes indiretas, oportunidade em que avalia as argumentações expostas pelos interessados.

Nos litígios, os argumentos são formulados na busca de consenso ou de adesão do condutor da causa. Grande parte das ações cíveis se extingue mediante acordo homologado pelo juiz, mas quando a conciliação não é alcançada, há de prevalecer a força dos argumentos fáticos ou jurídicos. Neste caso, ao juiz caberá a interpretação

dos fatos e do Direito aplicável.

No discurso jurídico de uma sentença, após o relatório, onde expõe objetivamente o conteúdo do processo, e antes do *decisum*, o juiz desenvolve a diagnose dos fatos e do Direito. A argumentação jurídica se apresenta nesta fase intermediária, especialmente quando o expositor fundamenta as suas convicções jurídicas. Se os estudos se voltam com maior atenção para a argumentação jurídica dos juízes, o discurso dos advogados e dos jurisconsultos há de se fundar igualmente na teoria, pois somente assim alcançam a sua finalidade, que é de persuasão ou convencimento.

A teoria da argumentação trata da justificação racional do discurso, que é, no dizer de Cláudia Toledo, essencial à *cientificidade do Direito* e esta, por sua vez, “*imprescindível para a solidez de um Estado democrático de Direito*”.¹¹

Embora a argumentação jurídica tenha alcançado sistematização e desenvolvimento a partir da segunda metade do século XX, seus estudos remontam à Antiguidade, à Roma, onde era comum os jurisconsultos buscarem justificativas nos argumentos *a pari*, *a fortiori*, *a contrario sensu*, entre outros. A obra mais antiga de argumentação foi elaborada na Sicília, por Córax – em italiano Corace –, no século V. a. C. aproximadamente. Embora citada por Cícero e Quintiliano, a obra se perdeu no tempo. O argumento que leva o nome de seu autor – Corax – consiste em afirmar que algo é inverossímil justamente por ser verossímil demais. Neste primeiro quartel de século, a teoria da argumentação alcança maior prestígio, seja pelo número crescente de obras especializadas, seja pelo interesse que desperta nos cursos jurídicos, chegando a figurar em alguns como disciplina autônoma. Como os operadores desenvolvem as técnicas de persuasão e convencimento, natural que nos cursos jurídicos os estudantes se iniciem na técnica da problematização.

No Estado contemporâneo, em que os atos públicos devem ser revestidos de transparência, as decisões devem ser precedidas de argumentação. Tal prática se estende a todos os Poderes. A argumentação deve estar umbilicalmente ligada à decisão, a ponto de Manuel Atienza afirmar que a primeira deve acompanhar a segunda “*como la sombra al cuerpo: argumentar y decidir son facetas de una misma realidad*”.¹² Tal a procedência destas considerações, que, no plano judicial, a sentença desprovida de fundamentação é nula.

A prática oferecida nos cursos jurídicos se faz, geralmente, com acompanhamento de causas, junto aos escritórios-escola, também chamados escritórios-mo-delo. Tal experiência contribui para a formação do futuro jurista, mas não esgota as exigências de natureza prática. Fundamental é o exercício de problematização, quando o estudante, diante de casos hipotéticos, é exigido a dar respostas, equacionando soluções. Nesse mister, necessariamente há de recorrer à teoria da argumentação, desenvolvendo as técnicas de persuasão e convencimento.

Na teoria da argumentação, algumas regras são consensualmente reconhecidas como indispensáveis na preservação da maior racionalidade dos resultados, como analisa Cláudia Toledo: 1. A participação no discurso é livre, tanto para questionamento quanto para a proposição de assertivas. Tal orientação é considerada por Robert Alexy como uma das *regras de razão* e, por Habermas, como princípio “D” ou da concreção. 2. Ao se predicar determinado objeto, deve-se igualmente predicar os fundamentalmente semelhantes. Este princípio repercute nos sistemas jurídicos com o método analógico: “*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio esse debet*” (“onde há a mesma razão, deve-se aplicar a mesma disposição legal”). 3. O discurso jurídico não comporta contradição. Sobre um mesmo objeto o falante não pode lançar assertivas que se excluam. 4. Princípio de fidelidade às próprias convicções: o expositor não pode formular opinião sem convicção íntima. 5. O falante não deve atribuir às

expressões sentidos diversos dos apresentados pelos interlocutores. 6. Quando solicitado, o falante deve fundamentar as suas assertivas (*regra geral da fundamentação*).¹³

Embora o crescente volume de produções científicas em torno da *teoria da argumentação*, Arthur Kaufmann apresenta sérios questionamentos a respeito. Em primeiro lugar, seria de se esperar que a hermenêutica e a teoria da argumentação jurídica se apresentassem estreitamente irmanadas, fato que não ocorre, pois esta última provém, basicamente, da *analítica*, que seria inimiga da hermenêutica. Neste ponto invoca os subsídios de Ulfrid Neumann “*Enquanto a teoria analítica tem que separar radicalmente o significado do texto e a compreensão intersubjetiva, porque o significado do texto só pode determinar-se conforme regras semânticas gerais, o pensamento hermenêutico possibilita uma inclusão do texto no processo de constituição intersubjetiva de uma ‘decisão’ correta.*”¹⁴

Alega, Kaufmann, não ser possível, nem necessário, o estudo de todas as doutrinas em torno da argumentação jurídica, sendo que esta, em realidade, não chegaria a constituir uma *teoria*. Reproduz, neste ponto, afirmação de Ulfrid Neumann.

139. SILOGISMO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

A experiência jurídica, em todos os seus planos, requer do jurista o domínio da Lógica Jurídica. A importância da consistência lógica se faz presente a partir do processo de codificação, quando o legislador, definido o tipo de relações sociais a ser disciplinado, os valores e ideologia a serem consagrados, vale-se da linguagem e de métodos lógicos.

A correta interpretação, bem como a efetividade da lei, além da clareza da linguagem, depende da unidade do pensamento exposto e do raciocínio ordenado do aplicador. O espírito lógico há de nortear o legislador e, igualmente, a atividade do exegeta. Este deve pensar o Direito, como um todo, e as conclusões tiradas em cada situação devem ser harmônicas entre si e com a ideia do conjunto.

Os aplicadores do Direito em geral, necessariamente devem recorrer a métodos e princípios lógicos, a fim de alcançarem a plena adequação das leis aos fatos concretos. À exceção dos feitos em que a discussão judicial se limita à *quaestio iuris*, quando então os debates se limitam à interpretação da ordem jurídica, cabe ao julgador, na sentença, seguir o itinerário intelectual: a) diagnose dos fatos; b) diagnose do Direito; c) crítica formal; d) crítica substancial; e) interpretação; f) *decisum* ou aplicação da lei.

Na maioria dos casos submetidos aos tribunais, as partes divergem sobre a versão dos fatos. Quando o autor alega, por exemplo, em uma ação de responsabilidade civil, haver sofrido danos morais decorrentes da conduta do réu e este nega a prática ilícita, na sentença o juiz obrigatoriamente haverá de proceder a diagnose dos fatos. Esta consiste na análise das alegações fáticas e conclusão a respeito. Ao considerar as provas produzidas e cada uma das versões, o juiz se orientará pelos critérios da Lógica, sem se abdicar da lógica da vida, ou seja, da experiência. Não basta ao juiz dizer a sua conclusão; fundamental é que esclareça a motivação de seu convencimento. Ao desenvolver o seu raciocínio, expõe os argumentos que o levaram a determinadas conclusões fáticas.

Se a diagnose dos fatos pode apoiar-se em indícios é uma indagação cuja resposta requer certas distinções. As decisões devem se firmar em provas e estas oferecem ao sujeito cognoscente a certeza – estado anímico indispensável ao acatamento da tese de quem alega. Indícios isolados não levam à certeza, daí não constituírem dados de embasamento de *decisum*. Todavia, quando os indícios são diversos, veementes, harmônicos, interligados de tal forma que forneçam ao juiz o elemento certeza, servirão de base para o decreto judicial, pois, no seu conjunto,

constituirão uma prova.

Vencida a primeira etapa, segue-se a *diagnose do Direito*, oportunidade em que o julgador pesquisa a ordem jurídica, na busca de lei reguladora da questão. Constatada a existência, o juiz submete-a à *crítica formal*, ou seja, verifica se a lei atende aos requisitos de natureza formal. Tal fase apenas é observada quando paira dúvida sobre aspecto ligado à forma, como, por exemplo, se coincide o texto publicado com o efetivamente aprovado; se a tramitação no Congresso foi regular. Superada esta etapa, advém a da *crítica substancial*, quando se examinam os requisitos de validade intrínseca, como a constitucionalidade da lei. Convencido da regularidade desta, outras questões podem ser analisadas nesta etapa, como o tipo das normas, se taxativas ou dispositivas.

A interpretação é a fase subsequente. Ainda que a linguagem seja clara e acessível à primeira leitura, o espírito cognoscente desenvolve o raciocínio, a fim de apurar o sentido e o alcance das normas jurídicas. É a fase que exige o saber jurídico, a aptidão para conhecer o Direito. O *homo juridicus* parte, em sua análise, da macrovisão do *Jus Positum*, para alcançar as conclusões pertinentes à singularidade do caso *sub judice*.

O *decisum* é a operação culminante do processo de julgamento, etapa em que o magistrado estabelece a *norma individualizada* – aquela que irá reger a relação entre autor e réu e se impor na eventual execução da sentença. Corresponde à *conclusão* do silogismo, momento em que o julgador projeta a diagnose do Direito, já submetido este às críticas formal e substancial, bem como à interpretação, como a *premissa maior*; a diagnose dos fatos, como a *premissa menor*. Embora Recaséns Siches tenha negado à sentença judicial, com veemência, a condição de silogismo, temos concluído neste sentido após detida reflexão. Concordamos com o eminente jusfilósofo que os elementos da vida jurídica não devem ser avaliados por critérios inflexíveis, do tipo físico-matemático, mas tal reconhecimento não veda a identificação das normas aplicáveis com a premissa maior do silogismo. O relevante a se destacar é que a seleção de tais normas há de ser efetuada depois de acurada investigação e exegese, considerando-se o Direito um processo de adaptação social. A premissa maior deve ser formada pelas normas compatibilizadas, tanto quanto possível, com as características do caso concreto, a fim de que a decisão seja substancialmente justa. A premissa menor há de ser a resultante de percuciente análise dos fatos alegados e das provas coligidas.

Na definição das premissas maior e menor não há qualquer automatismo; a lógica aplicada não é a que orienta o pesquisador das leis da natureza. Se a premissa maior enuncia que a prática de contaminação de águas públicas constitui crime e, como tal, ao seu autor deve ser aplicada pena privativa de liberdade e a diagnose fática conclui que Augusto contaminou águas públicas, a conclusão não poderá ser outra senão a condenação de Augusto ao cumprimento de pena privativa de liberdade. Note-se que a sentença corresponde a um silogismo, sem que se exclua a ativa participação do juiz na construção da norma individualizada.

O silogismo, como se depreende, é um argumento dedutivo, no qual sobreleva de importância a premissa maior. A validade da conclusão depende da validade desta premissa. Cuidado especial se impõe, por conseguinte, ao se fixar o juízo inicial. Se este é falso, a conclusão naturalmente será falsa, salvo se a premissa menor também não for verdadeira. Como se sabe, a única modalidade de dívida que sujeita o devedor à prisão civil é do alimentante que, voluntariamente, descumpre a sua obrigação. Se na premissa maior figura o juízo equivocado “na alienação fiduciária em garantia o depositário infiel se sujeita à prisão civil”, mas na premissa menor nega-se ao fiduciante, por erro na avaliação das provas, a condição de depositário infiel, a não condenação deste no *decisum* conterà uma conclusão verdadeira à luz do Direito.

A definição da premissa maior nem sempre é tarefa simples ou incontroversa. Às vezes requer cuidadosa análise do aplicador da lei e o *juízo de ponderação de bens*. Robert Alexy examina um caso avaliado e julgado

pelos tribunais alemães em que dois princípios garantidos constitucionalmente se conflitavam: *direito de personalidade e direito de liberdade de reportagem*.¹⁵ O Tribunal Constitucional Federal, situando a “*dignidade humana como o centro do sistema de valores da constituição*”,¹⁶ cassou a sentença anterior e concedeu a medida cautelar requerida, impedindo a televisão alemã de transmitir um documentário, que significaria “*intervenção grave da esfera de personalidade do autor*”. In casu, a premissa maior se revestiu da maior complexidade, pois o Tribunal projetou na proposição as diversas circunstâncias do caso concreto: a) a reportagem não visava à divulgação de um fato atual; b) o autor cumpria pena privativa de liberdade e a divulgação não contribuiria à sua ressocialização.

O *decisum* consiste na aplicação do Direito mediante a *subsunção*, que é o enquadramento do caso concreto na hipótese ou suposto da norma. A operação pressupõe a diagnose do fato, a do Direito, a técnica de interpretação. No dizer de Karl Engisch “*a subsunção de uma situação de fato concreta e real a um conceito pode ser entendida como enquadramento desta situação de fato, do ‘caso’, na classe dos casos designados pelo conceito jurídico ou pela hipótese abstrata da regra jurídica*”.¹⁷ Na doutrina, há o entendimento de que ocorre, na subsunção, uma relação entre conceitos, pois os casos devem ser pensados como conceitos: são subsumidos conceitos de fatos em conceitos jurídicos.¹⁸

140. TÓPICA DE ARISTÓTELES

Pertinente à premissa maior, Aristóteles já asseverava: “*Cada um dos primeiros princípios deve impor a convicção da sua verdade em si mesmo e por si mesmo. São, por outro lado, opiniões ‘geralmente aceitas’ aquelas que todo mundo admite, ou a maioria das pessoas, ou os filósofos – em outras palavras: todos, ou a maioria, ou os mais notáveis e eminentes.*”¹⁹ Em sua *Tópica*, Aristóteles parte, assim, dos argumentos dialéticos, que são verossímeis ou simplesmente prováveis, considerados verdadeiros pelos sábios. No estudo de tais argumentos, vale-se, precipuamente, da *indução* e do *silogismo*. Os argumentos apodícticos, diversamente dos dialéticos, partiam de premissas verdadeiras. As conclusões nos argumentos dialéticos e apodícticos, todavia, são iguais e corretas, diversamente das conclusões *erísticas* e das *pseudoconclusões* ou *paralogismos*. Raciocínio erístico é o que se inicia com base em opiniões aparentemente aceitas, mas que na realidade não o são. Paralogismos ou pseudoconclusões são raciocínios falsos, que partem de premissas que não são verdadeiras nem expressam opiniões geralmente aceitas.²⁰

Para Aristóteles há dois tipos de refutação: um está ligado à linguagem e o outro independe desta. Na linguagem, a falsa aparência se apresenta de seis maneiras diversas, entre elas a ambiguidade e a anfibologia. Dá-se a primeira quando determinada palavra ou expressão, no evoluir da argumentação, muda de significado, a fim de persuadir o interlocutor,²¹ como na expressão “*o que deve existir*”, que oferece duplo significado: a) o *inevitável*, como algumas espécies de males; b) a *coisa boa*, “*que deve existir*”. A presença desta expressão daria falsa aparência ao argumento: “*Os males são bons, pois o que deve existir é bom, e os males devem existir*”.²² No argumento anfibológico, duas conclusões diferentes são possíveis, como no exemplo formulado pelo Estagirita: “*deve haver conhecimento daquilo que se conhece*”. Tanto se pode concluir que o conhecimento pertence ao sujeito cognoscente como à coisa conhecida. A anfibologia pode ser sintática, como no exemplo, ou semântica, quando o expositor emprega um vocábulo que oferece um sentido elástico, como *democracia*. De acordo com L. Albert Warat, os estereótipos podem caracterizar uma hipótese de anfibologia semântica.²³

A Antiguidade contribuiu, ainda, na teoria da argumentação, com a *Tópica* de Cícero. Esta visa a elaborar e a aplicar um inventário de tópicos formados por opiniões aceitas generalizadamente. Para ele, argumento consiste em uma razão suficiente para convencer o interlocutor sobre uma coisa incerta ou duvidosa. A finalidade da *tópica* seria a arte de encontrar os argumentos adequados aos casos. Os argumentos estariam situados nos *loci* (lugares) ou *topoi* dos gregos, seus verdadeiros depósitos.²⁴

141. TÓPICA JURÍDICA DE VIEHWEG

Na segunda metade do século XX a Lógica Jurídica ganhou uma nova dimensão com a Teoria da Argumentação Jurídica, formada a partir de uma insatisfação de Theodor Viehweg (1907-1988), autor de *Tópica e Jurisprudência* (1953),²⁵ com a *lógica dedutiva*, praticada pelo positivismo legalista e que teria sido proveitosa em uma época em que se atribuía papel secundário à interpretação. Viehweg voltou à arte da argumentação de Aristóteles e de Cícero, sem se condicionar, todavia, à orientação dos dois notáveis expoentes da Retórica na Antiguidade. Sua perspectiva de estudo está ligada à estrutura do pensamento científico do Direito e das técnicas de decisão desenvolvidas pelos magistrados.

Como observa Tércio Sampaio Ferraz Jr., a *tópica* não constitui um método, mas “*um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles*”.²⁶ De acordo com a observação de Perelman, a *tópica* não é antagônica à ideia de sistema jurídico, mas ao entendimento de que este sistema seja *fechado*.²⁷

A partir da Antiguidade, quando objeto de estudo de Aristóteles e de Cícero, a retórica ressurgiu sempre em períodos de crise no pensamento filosófico, como observa Michel Meyer.²⁸ Na pós-modernidade, com a denominação *Nova Retórica*, a técnica de argumentação reaparece após o *niilismo* – forma de ceticismo moderno. Antes de Chaïm Perelman, e como este assinala, a retórica como doutrina estava esquecida, tanto que o vocabulário de filosofia de A. Lalande não a menciona.²⁹

A corrente de pensadores que, a partir de Theodor Viehweg, desenvolve a Teoria da Argumentação Jurídica, é tratada como a *Nova Retórica*, na qual se destacam, ainda, Chaïm Perelman, Robert Alexy, Manuel Atienza, entre outros. A *Nova Retórica*, na definição de Chaïm Perelman, consiste no estudo das técnicas discursivas, que orientam o falante em seu propósito de alcançar a adesão do auditório às suas teses. Estas são expostas em linguagem especial, própria da comunidade de cultura. A adesão não depende apenas da veracidade, pois a preferência entre teses opostas se faz às vezes considerando-se a maior racionalidade ou fatores diversos como a atualidade ou a maior adaptação à situação concreta.³⁰

Em relação ao Direito, a *Nova Retórica* parte, em geral, conforme análise de Sílvio de Salvo Venosa, “do princípio de que a interpretação jurídica, tradicionalmente derivada do liberalismo, necessitava rever suas bases. Era necessário que se propusesse uma nova formulação para a interpretação, com novas perspectivas para a semiótica jurídica”.³¹

Coube ao jurista alemão Viehweg a busca de outros paradigmas, distintos da orientação neokantiana, firmada no silogismo puramente lógico-hipotético. Viehweg buscou um método de raciocínio jurídico diferente dos esquemas rígidos da Lógica Formal, expressos na metodologia da Escola do Direito Natural e presentes na jurisprudência dos conceitos, desenvolvida no século XIX pela Pandectística. Com Phillip Heck, a *Jurisprudência de Interesses* recorrendo ao método indutivo já havia se afastado da *deductio iuris*.

No discurso, o expositor funda o seu raciocínio nos *topoi*, formados por argumentos aceitos pela generalidade

das pessoas ou pelos mais qualificados. O método se aplica às questões controvertidas em que se busca o consenso.

De acordo com G. Otte, a tópica apresenta três sentidos, todos relacionados às premissas do raciocínio jurídico. Na *construção da premissa*, a tópica procura reunir todos os pontos de vista relevantes. Sob tal aspecto, o catálogo dos *topoi* pode ser valioso, embora a precisão das máximas possa ser colocada em dúvida. Entre os *topoi* mais referidos, temos: *in dubio pro libertate*, especialmente citado na interpretação dos *direitos fundamentais*; *lex posteriori derogat legi priori*, considerado nos conflitos de leis no tempo; *na dúvida, a decisão deve beneficiar o acusado*, princípio este da maior relevância em Processo Penal; *não se pode ser juiz em causa própria*, ponto de encontro da Moral e o Direito. Repugna ao senso comum o julgador, com interesse na causa, dela não se afastar. Como se depreende, os *topoi* podem ser considerados verdadeiros *princípios gerais de Direito*.

A tópica oferece recursos ao investigador quando a ordem jurídica não dispõe de fórmulas concretas para os casos em análise. Como anota Canaris, o pensamento tópico cumpre uma função significativa “*sempre que falem valorações jurídi-co-positivas suficientemente concretizadas*”. A utilidade da tópica seria, portanto, no preenchimento de lacunas da lei e a sua aplicação ficaria a cargo do juiz, conforme Canaris,³² decisões por equidade se fundam na metodologia tópica. Como repositório do saber jurídico, entendemos que a tópica é valiosa na construção do ordenamento, pois o legislador inicia a sua tarefa valendo-se de paradigmas.

O método se revela insuficiente na definição do princípio aplicável, quando se constata a existência de diversos tópicos concernentes à matéria em foco. Como *propostas de solução* os tópicos não oferecem o critério de primazia, segundo Canaris. A função de escolha cabe exclusivamente ao sistema jurídico.³³

Ao tratar do tema *Tópica e Civilística*, Viehweg remontou há mais de um século para analisar a importância atribuída ao *interesse* por Ihering, na opinião de quem não seria possível conhecer o *Jus Positum* com abstração daquele *topoi*. Ihering chegou a definir o direito subjetivo como “*o interesse juridicamente protegido*”. A partir deste ponto, o interesse tornou-se um conceito essencial na discussão de temas jurídicos.³⁴

Nem todos os *topoi* devem ser assimilados acriticamente, como “*o inaceitável não pode ser exigido*”. Se de um lado este *topoi* contém uma afirmação válida em abstrato, de outro, a sua adequação aos casos concretos pode ser duvidosa, pois requer a certeza de que a prescrição é imprópria à hipótese considerada.

Além de *técnica de busca de premissas*, a tópica possui dois outros sentidos: uma *teoria sobre a natureza das premissas* e uma *teoria de aplicação das premissas no raciocínio jurídico*.³⁵

Na argumentação de Theodor Viehweg as noções de *zetética* e *dogmática* têm papel importante. O vocábulo *zetética* provém de *zetein*, que significa *perquirir*, enquanto *dogmática* se origina do vocábulo *dokein*, equivalente a ensinar, doutrinar. O discurso pode acentuar mais o plano zetético ou o dogmático; no primeiro, o sujeito questiona, indaga, põe dúvida, na busca da cognição. No discurso dogmático, o expositor parte de conceitos já firmados, enfatiza as respostas, opina. O discurso comporta os dois planos de abordagem.

O Direito pode ser considerado no plano zetético ou dogmático. No primeiro, os questionamentos se fixam em ciências auxiliares do Direito, como a Sociologia, a Filosofia, a Política, a Antropologia, entre outras, e as possibilidades de abordagem são infinitas. A investigação na esfera dogmática objetiva a descrever o Direito, aquele que está posto em determinada sociedade. Os operadores jurídicos têm a sua atenção voltada mais para este plano de estudo, onde relevante é a ordem jurídica vigente, mas devem estar receptivos ao saber oriundo das investigações zetéticas.³⁶

Em 1971, Gerhart Struck, considerado o mais importante seguidor de Theodor Viehweg, publicou *Topische Jurisprudenz*, um catálogo de tópicos, onde reúne 64 argumentos jurídicos, aplicáveis aos *casos difíceis*.

Entre as críticas suscitadas pela *Tópica* está a equivocada afirmação de que a doutrina coloca em risco a cientificidade do Direito, enquanto a doutrina moderna se apoia no *conceito de sistema*. Tal objeção, para Norbert Horn, não procede, pois: “*Ela está, em geral, de acordo com um conceito de sistema, ao qual o próprio Viehweg (em adesão a Wilburg) denomina sistema móvel, e o qual, em realidade, ainda carece de mais esclarecimentos.*”³⁷

142. CHAÏM PERELMAN E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

A ideia básica de Chaïm Perelman (1912-1984), em *Rhétoriques*, foi desenvolver um método, distinto da Lógica Formal e formado por *argumentos*, capaz de induzir ou reforçar o convencimento em torno de determinadas teses. Seus estudos, conforme o autor, não se fixavam em uma disciplina existente, mas na fronteira entre a Lógica e a Psicologia.³⁸ A argumentação seria importante nas ciências humanas em geral e, em especial, “*no âmbito dos juízos de valor éticos e jurídicos*”.³⁹ Ao elaborar o seu Tratado da Argumentação, pretendeu romper uma tradição de três séculos, dominada pela doutrina da razão e do raciocínio desenvolvida por René Descartes. Este reputava falso o que apenas era verossímil, enquanto Perelman parte de uma visão contrária: “*O campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo.*”⁴⁰

Nascido em Varsóvia, Perelman lecionou em Bruxelas, onde desenvolveu análise, inicialmente, sobre o pensamento lógico de Gottlob Frege. Foi, ainda, diretor do Centro Belga da Lógica Judiciária. Em seus estudos sobre juízos de valor e conceitos valorativos, concluiu que os primeiros não podem se apoiar apenas na experiência, em observações empíricas nem exclusivamente na intuição. Para ele, “*além da comprovação empírica e da dedução lógica, existe ainda toda uma série de possibilidades de argumentação e fundamentação racional*”.⁴¹

Para a compreensão do pensamento jurídico de Perelman julgamos importante a apresentação do seu conceito de Direito. Este, aliás, é o ponto de partida para o desenvolvimento de qualquer teoria coerente. O jurista-filósofo concebe o Direito dentro de uma fórmula favorável à conciliação dos valores justiça e segurança, além de permitir a influência da cultura social na interpretação jurídica. Eis o papel atribuído por Perelman aos juízes, do qual se infere o seu conceito do Direito: “*... se o Direito é um instrumento flexível e capaz de adaptar-se a valores que o juiz considera prioritários, não faz falta que decida de acordo com diretrizes procedentes do governo, senão em função dos valores dominantes na sociedade, já que seu papel é conciliar estes valores com as leis e as instituições estabelecidas, de maneira tal que se ponha de manifesto não só a legalidade, senão também o caráter razoável e aceitável de suas decisões.*”⁴²

Ao desenvolver a teoria da argumentação, Perelman partiu da conclusão de que a natureza do conhecimento não podia ser reduzida em nível lógico, pois a razão é imprópria para os assuntos que não sejam os cálculos e onde a solução não pode resultar da experiência ou da dedução lógica. A teoria da argumentação se destina aos objetos do conhecimento de natureza complexa, insuscetíveis de assimilação em uma única abordagem.

A teoria da argumentação, segundo Perelman, consiste no estudo das técnicas discursivas, capazes de induzirem, ou reforçarem a adesão dos destinatários às teses que lhes são submetidas. O jurista-filósofo distingue *argumentação* de *demonstração*. Por esta, entende o conjunto de *meios de prova* que permite concluir, passando da verdade de certas proposições para a verdade de outras proposições, ou seja, de algumas teses do sistema para outras teses do sistema. Nesta passagem nada se acrescenta; nenhum dado é modificado. Já argumentação é c

emprego de técnicas discursivas destinadas a convencer, ou a reforçar o convencimento.⁴³

Na teoria de Perelman a noção de *auditório* exerce importante papel. Ao desenvolver a sua linha de argumentação o expositor deve considerar o tipo de destinatário de seu discurso. Este, portanto, deve estar adaptado a quem deve persuadir, ou convencer: “*L’adaptation du discours à l’auditoire, quel qu’il soit*”. Ao formular uma defesa em juízo, o advogado deve considerar, por exemplo, a figura do julgador. A este respeito, diz a nossa experiência: se juiz togado, há de enfatizar os fundamentos legais que ministram a favor de seu cliente; se membros da sociedade (júri), os aspectos emocionais. Assim, o valor de um argumento depende do tipo de auditório a que se dirige. No entanto, considera ainda o discurso dirigido ao *auditório universal*, ou seja, à *humanidade ilustrada*, composta de seres racionais que argumentam. Infere-se que ambos usam a mesma linguagem: o expositor e o auditório.

Para o auditório universal, as técnicas são de convencimento e os argumentos, conseqüentemente, são válidos; para o auditório particular, o expositor visa a persuadir e os argumentos são, portanto, eficazes. Os argumentos eficazes e os válidos não se apresentam estanques; muitas vezes se inter-relacionam, pois não há um limite rígido entre o persuadir e o convencer. Além dos dois tipos de auditório, há o que é formado pelo próprio falante, quando os argumentos são lançados, por exemplo, em diários.

Os argumentos são eficazes na medida em que exercem uma influência sobre o auditório, a qual se faz não apenas mediante argumentos isolados, mas também pelo conjunto deles. A eficácia depende, também, de uma disposição favorável do auditório ou, nas palavras de Perelman, “*de uma certa dose de boa vontade*”. O exórdio e a peroração são importantes, mas se tornam inócuos diante da simpatia do falante. A ordem da exposição dos argumentos não é objeto de regras e, em se tratando de tema não jurídico, dependem “*do costume, do bom sentido e do tato*”.⁴⁴

Em torno do valor *justiça* a contribuição de Perelman é também expressiva. Após considerar as diferentes concepções, expostas desde os primórdios, algumas de fundo teológico, outras de índole positivista, não faltando as de conteúdo humanitário, o jusfilósofo concluiu que a pluralidade de visões não significa, necessariamente, que apenas uma seja correta. Perelman admite a coexistência de seis concepções: 1ª) *a cada um a mesma coisa*; 2ª) *a cada um segundo seus méritos*; 3ª) *a cada um segundo suas obras*; 4ª) *a cada um segundo suas necessidades*; 5ª) *a cada um segundo a sua posição*; 6ª) *a cada um o que a lei lhe atribui*.⁴⁵

A primeira fórmula se apoia no princípio de igualdade. Revela-se oportuna quando aplicada a todos que se encontram em igual situação, sem motivo especial para tratamento diversificado. Dispensar tratamento idêntico aos que se encontram em condições substancialmente distintas constitui, em realidade, flagrante injustiça. O jusfilósofo aperfeiçoou a fórmula adequadamente: “*A cada membro da mesma categoria essencial, a mesma coisa*.” Entende Perelman que somente a méritos iguais deve-se conceder idêntico quinhão. A dificuldade está na apuração do mérito de cada um. Destaca o autor o caráter subjetivo da avaliação.

Perelman não se satisfaz com o princípio da igualdade na justiça, pois entende que a igualdade é critério próprio das ciências da natureza, onde os fenômenos têm igual desdobramento quando as causas se repetem.

A regra de justiça se revela oportuna e proveitosa não quando indica que aos iguais deve-se dispensar tratamento idêntico, mas quando orienta o modo de proceder diante das diversidades. Se as diferenças não são essenciais, incabível a variação na fórmula de justiça. Perelman vai ao âmago da matéria, quando indaga: “*Mas quais serão as diferenças que importam e quais serão as que não importam em cada situação determinada?*”⁴⁶

Nas relações humanas o critério da igualdade deve ser substituído pelo da semelhança. O novo paradigma para o jusfilósofo é: *os casos semelhantes devem ser tratados semelhantemente*. Na realidade Perelman trocou uma dificuldade por outra, pois não há como se estabelecer, senão *a posteriori*, a configuração de casos semelhantes e mesmo assim com alguma carga de subjetividade.

Quanto ao critério “*a cada um segundo suas obras*”, destaca a importância de sua aplicação em determinadas circunstâncias, como em concursos públicos, pois a ordem de classificação e admissão deve ser determinada pela avaliação das provas, priorizando-se os candidatos de melhor aproveitamento. Para ser factível tal concepção de justo, as obras avaliadas devem ser de igual natureza ou fundamentalmente semelhantes, pois seria imprópria a comparação, por exemplo, de uma obra literária a um quadro de arte.

“*A cada um segundo suas necessidades*” é uma fórmula vinculada à justiça social e em função desta modalidade deve ser interpretada, uma vez que o conceito de *necessidade* é bastante amplo. Deve ser aplicada na preservação dos valores fundamentais da pessoa natural e não aleatoriamente. As necessidades devem ser as essenciais, indispensáveis à vida.

A fórmula “*a cada um segundo sua posição*” deve ser vista com reservas, pois traz consigo uma visão social fundada na divisão de classes ou de poder. Em se tratando de uma estrutura hierárquica necessária, a diferença de tratamento deve ser minimizada e mais alta a responsabilidade dos que ocupam os níveis mais altos.⁴⁷

“*A cada um segundo o que a lei lhe atribui*” é critério de natureza estritamente formal, positivista, calcado no ordenamento jurídico e não comprometido com a justiça substancial embora com ela não seja incompatível. Esta justiça convencional é que se impõe ao magistrado ao decidir as questões que lhe são propostas, embora muitas vezes a lei o autorize a julgar com equidade, quando tem oportunidade de fundamentar o *decisum* na justiça substancial, *aquela que efetivamente dá a cada um o que é seu*.

Relevante destacar a concordância de Perelman com os três preceitos de Ulpiano: *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (Dig. I, 1, 10). Quanto a este último, o jusfilósofo interpreta restritivamente, pois entende que *dar a cada um o que é seu* significa “*atribuir a cada qual o que lhe cabe segundo a lei*”.⁴⁸ Neste particular, discordamos de Perelman, pois a justiça não constitui um conceito exclusivamente jurídico. Abrange também as esferas da Moral e das Regras de Trato Social.

Na conclusão de Osakabe, a contribuição de Chaïm Perelman à retórica consistiu na redefinição desta em dois pontos essenciais: a) ampliação de sua área de aplicação, que passa a abranger ilimitadamente as modalidades discursivas destinadas à obtenção de concordância do auditório; b) reduziu a tipos básicos os ‘*lugares*’, ou seja, os princípios. Perelman destacou o caráter temporal da argumentação e, por conseguinte, sua natureza não restritiva.⁴⁹

143. ROBERT ALEXY E A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO

Essencial à compreensão da doutrina de Robert Alexy é a distinção entre regras e princípios que, em sua opinião, constitui um dos pilares do edifício da *teoria dos direitos fundamentais*. Geralmente os autores, na diferenciação, atribuem maior abstratividade aos princípios em relação às regras. Alexy rebate tal critério, afirmando que a distinção não se verifica em *graus*, mas em *qualidade*, uma vez que os princípios são *mandados de otimização*, ou seja, determinam que algo seja realizado mais amplamente possível; são normas que ordenam de acordo com as possibilidades jurídicas e fáticas. Já as regras devem ser cumpridas de acordo com a sua prescrição, nem mais, nem menos.⁵⁰ Como esclarece Fernando de Andréa Ferreira, “*as regras como os princípios são*

normas, na medida em que dizem o que deve ser...”⁵¹

O jurista alemão distingue *norma* de *enunciado*. Enquanto a norma é “o significado de um enunciado normativo”, este é a sinalização da norma, formulada não necessariamente por palavras, mas por signos diversos, como se verifica nos semáforos do trânsito. Destarte, a norma é a conduta exigida, enquanto o enunciado é a fórmula prática de comunicação.

Relativamente aos valores, não haveria uma relação hierárquica entre eles, não se podendo definir, previamente, a preponderância. A opção dependerá das circunstâncias.

Enquanto na colisão de normas as soluções emanam de critérios do próprio ordenamento ou da teoria da interpretação, na de princípios elas se fundam na *ponderação de bens* ou de *interesses*. A decisão vai depender da análise dos interesses em jogo, devendo prevalecer o de maior importância e significado. Em abstrato não há preponderância de princípios, pois a escolha se faz de acordo com as características do caso concreto. Entre normas contraditórias, que não logram compatibilização pelo emprego de princípios hermenêuticos, apenas uma será válida e ocupará uma posição na ordem jurídica. Diversamente ocorre no conflito de princípios, pois a solução não elimina qualquer deles do ordenamento. Todos continuam válidos e presentes na ordem jurídica.

De acordo com Alexy, não há princípios absolutos, isto é, que preponderem em relação a outros independentemente das circunstâncias, nem mesmo o da *dignidade da pessoa humana*.

Temos sustentado, ao longo de nossos trabalhos, que a sentença judicial corresponde à conclusão de um silogismo, opinião rebatida por Recaséns Siches, Karl Larenz, Robert Alexy, entre outros eminentes juristas-filósofos. Na Introdução de sua **Teoria da Argumentação Jurídica**, Alexy aponta quatro motivos pelos quais a aplicação das normas não constitui um silogismo. Verificamos que o mérito da questão está no modo como se constroem as premissas maior e menor. Os quatro motivos, a seguir expostos, levam a uma conclusão com a qual estão acordes os cultores da metodologia jurídica atual: há casos em que a sentença judicial não deriva, logicamente, das formulações de normas jurídicas.

Em primeiro lugar, Robert Alexy aponta a *imprecisão da linguagem* como obstáculo ao silogismo jurídico. Realmente, nem todos os textos legislativos expressam as normas jurídicas com clareza. A Hermenêutica, todavia, oferece vários critérios para a cognição da *mens legis*. Todo um esforço é desenvolvido pela comunidade jurídica a fim de esclarecer o verdadeiro sentido e alcance das normas, ressaltando-se aqui a *lição dos doutores da lei* e a contribuição da jurisprudência. A razão pode estar com Hans Kelsen, quando afirma que a norma jurídica pode oferecer dois sentidos distintos e ambos válidos, ficando a sua escolha para uma decisão política do juiz. Para ele, todo ato de criação do Direito constitui um ato de aplicação de normas, pois o legislador segue a orientação constitucional; igualmente, toda aplicação de normas configura um ato de criação, pois as normas possuem um coeficiente de indeterminação.⁵²

Em segundo lugar, Alexy se refere à *possibilidade de conflitos entre as normas* como outro motivo a descaracterizar o silogismo jurídico. Claro está que o juiz, antes de projetar a premissa maior, há de resolver as eventuais antinomias normativas, de acordo com os critérios estabelecidos pelo próprio ordenamento e pela doutrina. Das normas em conflito, apenas uma integra a ordem jurídica e o juiz, ao fixar a premissa maior, já resolveu o conflito, depurando a antinomia.

O terceiro argumento se refere à possibilidade “de haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, uma vez que não cabem em nenhuma norma válida existente”. O eminente autor se refere às lacunas da lei, mas para tanto existem os processos de integração do Direito, como a analogia, os costumes e os princípios

gerais de Direito.

Por último, Alexy alega “a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão contrária à literalidade da norma”. Ora, a norma que se projeta como premissa maior é a que emana da ordem jurídica, não obrigatoriamente da literalidade do texto.

Como a hermenêutica jurídica é impotente para dar as respostas devidas a tais hipóteses de julgamento não fundamentado em normas jurídicas formuladas, cabe à metodologia jurídica orientar o raciocínio jurídico. Alexy distingue os *cânones de interpretação* das *regras da argumentação jurídica*. Quanto a estas, haveria dois tipos: um deles indicaria o *quando* e o *como* os argumentos podem ser aplicados, enquanto o outro orienta a aplicação dos argumentos diante de colisão de normas.

Ao desenvolver o estudo sobre *os meios da interpretação*, Alexy afirma a existência de quatro categorias de argumentos jurídicos: a) argumentos linguísticos; b) argumentos genéticos; c) argumentos sistemáticos; d) práticas gerais. Os argumentos linguísticos se subdividem em *semânticos* e *sintáticos*.⁵³

Os argumentos linguísticos versam sobre o significado das expressões empregadas pelo legislador. O significado pode ser o especializado ou o de uso corrente, popular, empregado pelos leigos. Em se tratando de uma democracia, entende Alexy que, no confronto entre o sentido técnico e o comum, deve prevalecer este último. Nem sempre os argumentos semânticos fornecem a solução, hipótese que induz o juiz a recorrer às demais categorias de argumentos. Os argumentos sintáticos tratam das conexões entre os vocábulos, como o emprego de conjunção e da pontuação.

Nos argumentos genéticos a inteligência da norma jurídica é esclarecida com apoio na *mens legislatoris*. Tal categoria compreende duas espécies: a) argumento semântico-subjetivo; b) argumento teleológico-subjetivo. Pelo primeiro, busca-se o sentido que o legislador atribuiu a determinadas expressões linguísticas. Pelo segundo, investiga-se a finalidade visada pelo autor do texto normativo. A categoria genética não é aceita em geral pelos hermeneutas, que substituem a *mens legislatoris* pela *mens legis*, ou seja, a vontade do legislador pela vontade da lei.

Os argumentos sistemáticos estão apoiados na premissa de unidade e coerência do sistema jurídico. O argumento se articula considerando o ordenamento como um todo. A resposta que se busca não se localiza isolada em uma determinada disposição legal, mas no conjunto do sistema. Os argumentos sistemáticos se apresentam em oito subgrupos. O primeiro subgrupo destacado por Robert Alexy é formado por argumentos *asseguradores de consistência*. Estes reúnem princípios que visam a eliminar contradições eventualmente existentes no sistema. Os argumentos *contextuais* levam em consideração o lugar que as expressões ocupam no ato legislativo. Este normalmente é dividido em títulos, capítulos, seções, cada qual identificado com uma denominação. Pensamos que este argumento pode ser valioso, mas não chega a ser decisivo. O quarto subgrupo é formado pelos *argumentos de princípio*. Por eles, o intérprete se vale da força dos princípios na exegese das normas jurídicas. Diante de princípios conflitantes deve-se recorrer à ponderação como fórmula de escolha do princípio prioritário à vista do caso concreto. Os *jurídicos especiais* são outra modalidade de argumentos, destacando-se a analogia como figura principal. Como observa Alexy: “Sua forma fundamental consiste na aplicação, exigida pela igualdade material, de uma norma além de seu texto.”⁵⁴ O sexto subgrupo é integrado pelos argumentos *prejudiciais*, formados pelos precedentes judiciais, importantes em qualquer tipo de sistema, notadamente no da *common law*. Segundo Alexy, “o princípio da igualdade de tratamento exige não se desviar deles sem fundamento”.⁵⁵ Quando não previstos entre as fontes formais do Direito, os precedentes devem ser considerados integrantes do sistema jurídico. Seguir a jurisprudência constitui uma forma de respeitar o princípio da igualdade de tratamento,

salvo se o desvio se faz fundamentadamente. O sétimo subgrupo é formado pelos argumentos *históricos*. Estes visam “à coerência na dimensão do tempo”, o que não implica, porém, a imobilidade do Direito. Quando as modificações e rupturas não forem arbitrárias, não haverá lugar para os argumentos históricos. O oitavo e último subgrupo se compõe dos argumentos *comparativos*, quando o cultor do Direito empreende estudos comparativos do sistema *sub examine* com outros. Tal recurso pode levar tanto à universalidade como o tratamento diferenciado.

Os argumentos *linguísticos*, *genéticos* e *sistemáticos*, acima considerados, podem ser denominados *argumentos institucionais*, pois são possíveis “somente no quadro institucional de um sistema jurídico”. Nem todos os problemas encontram a sua resposta nos argumentos institucionais, pois, se assim não fora, o Direito seria um sistema fechado, autônomo ou *autopoiético*.

Se os argumentos institucionais se revelam impróprios para a decisão, necessariamente o intérprete deverá buscar a solução nos argumentos práticos gerais. Estes se dividem em argumentos *teleológicos* e *deontológicos*. Os primeiros se baseiam nas consequências de uma interpretação e guiam-se pela ideia de *bem*. Os argumentos deontológicos, independentemente do fim ou das consequências, fazem valer o que é jurídico e antijurídico. Parece-nos que neste ponto há uma falha na classificação dos argumentos práticos gerais, pois os argumentos deontológicos, na medida em que fazem valer o que é jurídico e antijurídico, apoiam-se no sistema jurídico, confundindo-se com os argumentos institucionais.

Quatro são os fundamentos, segundo Robert Alexy, que podem levar o intérprete a buscar a solução nos argumentos *práticos gerais*. O primeiro deles é quando o argumento *linguístico* revela um *espaço semântico*; o *genético* se mostra inaplicável diante da ambiguidade do objetivo do legislador e o argumento *sistemático* não fornece uma diretriz. O segundo fundamento é que, na prática, os argumentos institucionais podem conduzir a conclusões diferentes, sem que o intérprete se sinta seguro na escolha da solução. O terceiro fundamento consiste na constatação de que os argumentos sistemáticos muitas vezes exigem complementação por argumentos práticos gerais, como se verifica na *ponderação* entre princípios ou na analogia. O quarto e último fundamento consiste no fato de que os argumentos práticos gerais podem apresentar um significado tão forte para o caso concreto que se torna recomendável a sua prioridade em relação aos argumentos institucionais.

O excessivo rigor formal aplicado ao Direito foi condenado, também, por Recaséns Siches que, para o seu lugar, preconizou a *Lógica de lo razonable*. A Lógica do tipo matemático seria adequada ao campo da Física, não ao Direito, que pressupõe flexibilidade na aplicação das normas. Justifica o eminente jusfilósofo guatemalteco: “No tratamento e na solução dos problemas humanos e, entre eles, dos problemas jurídicos, não se pode conseguir nunca uma exatidão nem uma evidência inequívoca.”⁵⁶ Daí a *Lógica do razoável*, diferente da concepção silogística da aplicação das normas, pois opera com a equidade, intuições, com pautas maleáveis.

Entre as críticas dirigidas à teoria da argumentação de Robert Alexy destacam-se: a) a supervalorização da capacidade do discurso, bem como a do consenso resultante para se chegar à verdade; b) a atitude acrítica perante as formas jurídicas já assentadas ou tradicionais de argumentação. Ou seja, em seu discurso Alexy assume uma posição otimista em relação a justiça a ser alcançada seguindo-se os cânones da argumentação jurídica.⁵⁷ Quanto ao pensamento de Alexy sobre os direitos fundamentais, as críticas se dirigem à sua tese de que eles possuem a natureza de princípios e são mandamentos de otimização. Os direitos fundamentais perderiam força com a tese do modelo de princípios estruturado na otimização.⁵⁸

144. JÜRGEN HABERMAS E A AÇÃO COMUNICATIVA

A formação científica de Jürgen Habermas (1929) foi influenciada pelo ambiente cultural do Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, onde ingressou no início de sua carreira acadêmica (1956) e lecionou até aposentar-se em 1994, convivendo com destacados nomes do pensamento social, como Adorno e Horkheimer. É considerado o principal nome da segunda fase da primeira geração da Escola de Frankfurt – intelectuais marxistas que lançavam críticas sobre a influência iluminista no Ocidente. No início da década de 1970, Habermas desenvolveu um pensamento crítico em torno dos fundadores da Escola, atingindo à própria doutrina de Theodor W. Adorno, de quem fora assistente e por quem fora influenciado. A teoria crítica de Habermas contém elementos da filosofia de Karl Marx e do pensamento freudiano. Os membros da Escola de Frankfurt, na palavra de um de seus mais antigos integrantes – Ludwig von Friedeburg –, têm o espírito do Esclarecimento (Iluminismo) e não são conservadores, mas revelam tendência de *esquerda*.⁵⁹

O inventário das ideias defendidas por Habermas no curso de sua experiência revela uma fecunda produção intelectual, fortemente influenciada pela história, onde se notam diferentes fases de pensamento, a ponto de se falar em *vários Habermas*. Nascido na Alemanha, no interregno das duas grandes guerras, e vivenciado um regime totalitário com graves repercussões mundiais, Habermas buscou teoricamente as fórmulas científicas capazes de induzirem a estabilidade econômica e social, o poder da cidadania, garantida a justiça nas relações de vida.

Pelo fato de haver participado de debates políticos em torno da Alemanha no pós-guerra, alguns críticos chegaram a afirmar que Habermas teria politizado a filosofia, fato contestado pelo filósofo Ludwig von Friedeburg daquele Instituto, pois a sua atuação, fundada na Sociologia e Filosofia, foi na condição de um cidadão interessado na política.⁶⁰

Em fase posterior, Habermas considerava que, ao se apoderar de dois instrumentos valiosos – a ciência e a técnica –, o Estado dele se beneficiava, sem se importar com o custo social decorrente do tipo de mercado em desenvolvimento. A exclusão social resultante foi tratada com iniciativas de pouco ou nenhum alcance pelas políticas públicas. O Estado impedia, por outro lado, o questionamento da legitimação do poder e a lei deveria ser cumprida e não discutida. O domínio do Estado se fazia pelo poder da técnica, advindo a despolitização das massas como natural consequência.⁶¹

A crítica ao positivismo, base dos trabalhos desenvolvidos pelos adeptos da Escola, encontrou o seu delineamento metodológico apurado em **Lógica das Ciências Sociais**, de Habermas, onde o filósofo demonstra a insuficiência do *empirismo puro* e a importância da hermenêutica de Gadamer, embora sem admitir a identidade da razão com a tradição e sua autoridade. Segundo Habermas, não obstante Gadamer a tenha desconsiderado, a pesquisa científica demonstrou a sua capacidade de formular uma crítica à tradição. Esta também não seria a instância legitimadora à validade das normas. A participação dos indivíduos em uma discussão prática e a sua aprovação das normas seriam indispensáveis à validade destas.

Em lugar de o intérprete colocar-se de um modo objetivo, neutro, diante do objeto, o analista haveria de projetar a sua experiência pessoal na visão das coisas, adquirida na medida de sua participação na vida social. O *conhecimento instrumental* habilita o ser humano a lidar com o mundo natural, a fim de emancipar-se da natureza, criando, com a produção, o reino da cultura, enquanto o *conhecimento comunicativo* leva-o a libertar-se da repressão social, tornando-o consciente e autônomo.⁶² Com a extensa obra – **A Teoria da Ação Comunicativa** –, de 1984, Habermas orienta a segunda geração da Escola de Frankfurt. Com a teoria do agir comunicativo, o filósofo substituiu a razão prática pela comunicativa. E tal mudança, como ele declara, foi “*muito além de uma simples troca de etiqueta*”.

A razão prática, até Hegel, pretendia orientar o agir do indivíduo, enquanto ao Direito Natural incumbia organizar, mediante normas, a *única e correta* ordem política e social.⁶³ Habermas criou o modelo da razão discursiva, que aplicou em suas atividades acadêmicas.⁶⁴ Teoria da comunicação é um resultado de sua atitude crítica em relação a outras teorias examinadas e discutidas na atividade acadêmica. Na avaliação de Ludwig Friedeburg, tão grande a importância atribuída por Habermas à comunicação que, para ele, constituía a base da vida terrena.⁶⁵

A ação comunicativa é analisada por Habermas como forma de libertação ou de emancipação dos membros da sociedade. A fim de alcançar tal objetivo, comenta Rogério Gesta Leal, o filósofo Habermas propõe a mudança de paradigma: em lugar de o cidadão legitimar as esferas do Estado, transferindo-lhes o poder, deveria assumi-lo pela própria cidadania. Na metodologia reconstrutiva de Habermas, os cidadãos devem ser considerados, ao mesmo tempo, autores e destinatários da ordem jurídica.⁶⁶

Como instrumento do novo paradigma, o processo de comunicação se destaca. Os cidadãos devem se articular, desenvolvendo a cultura da linguagem e dominando as técnicas de argumentação.⁶⁷ Vê-se, pois, que Habermas se interessa pela ação comunicativa como um meio eficaz de conduzir o diálogo entre os cidadãos e entre estes e as instâncias do poder, na pretensão de extirpar, ou minorar as injustiças sociais, humanizando o Estado. As afirmações de que a teoria do agir comunicativo implica anarquia e desconsidera a realidade das instituições foi contestada pelo filósofo alemão no prefácio de **Direito e Democracia**.⁶⁸

A linguagem participa da articulação do pensamento e o faz mediante proposições, que são as suas partes elementares, passíveis de verdade. A estrutura das proposições contribui à compreensão da estrutura dos pensamentos. Para a comunicação é relevante a convicção, pelo falante, de que a intencionalidade de suas expressões linguísticas será compreendida de modo idêntico pelo interlocutor. Os indivíduos que se comunicam por determinada linguagem devem estar cientes, necessariamente, de que as mesmas expressões conservam igual sentido em situações diversas. Fundamental na comunicação é a *paridade* entre os participantes do diálogo, ou seja, este deve fundar-se em bases racionais impermeáveis aos paralogismos, às colocações emocionais, autoritárias, fideístas.⁶⁹

Os atos de fala contêm pretensão de validade por força de quatro razões. A inteligibilidade do discurso é essencial às conclusões do interlocutor ou destinatário da fala. Para tanto o falante deve empregar corretamente a sintaxe, além de se comunicar com uma linguagem acessível, familiar ao tipo de auditório. Os elementos proposicionais da fala devem expressar a verdade; para tanto há de haver coerência entre os enunciados e os referentes. A falta de verdade no elemento proposicional induz à patologia do erro. A veracidade constitui outra razão que justifica a pretensão de validade. O sentido ilocucionário da fala não deve induzir em erro o destinatário. Além destas razões, Habermas aponta a *retidão* do discurso como uma das condições necessárias à aceitação dos argumentos pelo interlocutor. A retidão implica a observância das normas usuais de comunicação, abstendo-se o falante de qualquer tipo de violência, aberta ou oculta, no elemento ilocucionário.⁷⁰

Habermas observa que, ao nascerem, as pessoas naturais encontram uma realidade inteiramente pré-interpretada linguisticamente. O mundo natural, regido por leis fixas, se revela pré-interpretado com uma linguagem de constatação; o social se apresenta pleno de normas, devidamente interpretadas e divulgadas, que se impõem aos indivíduos em suas relações de vida; o mundo subjetivo é objeto igualmente de pré-interpretações pela linguagem emotiva. A este conjunto de aspectos, Habermas atribui a denominação “*mundo da vida*”. Ao se situar na vida, o

ser humano recebe um inventário linguístico devidamente interpretado em seus conteúdos fáticos, valorativos e vivenciais. Os *mundos da vida* são diferentes, pois cada ser humano encontra uma realidade que se diversifica em muitos pontos, daí a necessidade de tolerância diante da pluralidade de culturas, ou seja, das estimativas, dos modos de pensar e de agir.⁷¹

A estrutura da argumentação não deve ser hermética, voltada apenas para a comunidade de especialistas, como projetou Peirce, ao ter em mente, segundo Habermas, “*a prática de argumentação de uma república de eruditos*”. O que é válido para o entendimento de uma comunidade de pesquisadores também o é, *mutatis mutandis*, para as interações do cotidiano.⁷²

Como fundamento da normatividade moderna, a *razão comunicativa* não é uma faculdade pessoal, mas processo de comunicação entre indivíduos, quando os pressupostos dos argumentos são objetos de crítica sistemática.

Ao declarar que as questões a serem resolvidas com argumentos morais não podem ser dominadas com monólogos, senão com um *esforço cooperativo*, o filósofo alemão iniciou uma polêmica com John Rawls. Os argumentos morais, em sua opinião, têm a finalidade de reverter um consenso perturbado. Aduzia que os conflitos solucionados com base em normas, sem o *esforço cooperativo*, tendem a se restabelecer.⁷³

Nos atos de fala consensuais – aqueles em que o falante busca a concordância do interlocutor diante de uma questão – há de haver, por todos, o reconhecimento de quatro pretensões da validade. A linguagem do falante deve possuir igual significado ao atribuído pelo ouvinte. As expressões verbais devem ser familiares aos dialogantes. O falante deve ter a intenção de se manifestar com autenticidade, para que o interlocutor possa participar do seu saber. É indispensável que o falante queira manifestar as suas intenções de modo verdadeiro, para obter a credibilidade do interlocutor. O falante deve se comunicar de acordo com as normas e valores vigentes, para obter a concordância do ouvinte e, conseqüentemente, o consenso.⁷⁴

A noção de *verdade*, uma correspondência entre o que se afirma e a realidade, é substituída na teoria de Habermas pelo consenso dos participantes do discurso. O consenso decide sobre a verdade de uma afirmação. Verifica-se, destarte, a relativização do conceito de verdade.⁷⁵

Habermas começou a desenvolver estudos de Filosofia do Direito e de Ciência Política na década de 1990, a partir de técnicas de comunicação aplicadas a uma *teoria sociológica do Direito* e a uma *teoria filosófica da justiça*. A experiência de Habermas no campo do Direito, como ele mesmo declara, foi alicerçada nas tradições jurídicas da República Federal da Alemanha e dos Estados Unidos da América do Norte; na realidade, dois sistemas jurídicos bem distintos: o primeiro, institucionalizado em codificações; o segundo, na criatividade dos tribunais. Esta diversidade de sistemas certamente contribuiu para a compreensão jurídica mais abrangente de Habermas.

A democracia e a equidade são valores essenciais, ponto de partida à autonomia privada e pública. A teoria do Direito e da democracia nascem daqueles valores fundantes. Não há como se cogitar de uma teoria liberal de Direito sem a preservação dos princípios democráticos. Entre as autonomias privada e pública não haveria supremacia de uma sobre a outra, pois ambas se pressupõem. Nesta passagem, Habermas supera o liberalismo, que defende a supremacia dos direitos clássicos em relação aos políticos; igualmente o republicanismo, que prioriza os direitos políticos.⁷⁶

Enquanto o liberalismo igualitário, sustentado por John Rawls e Ronald Dworkin, situa em primeiro plano os direitos clássicos, como o direito à vida, à liberdade de consciência, liberdade de expressão, à propriedade, entre outros, a esfera pública possui uma perspectiva comunitarista, priorizando as liberdades coletivas ou positivas, como

a de participação política, autodeterminação, com as quais os cidadãos se integram à vida pública, participando das iniciativas de interesse comunitário. Habermas assume uma posição conciliatória de equilíbrio entre as duas tendências. À sua tentativa de conciliação entre as autonomias pública e privada Habermas denomina *equiprimordialidade*.

A autonomia privada existe quando os cidadãos exercem o domínio da ordem jurídica com a criação, mudança ou extinção das leis. Habermas preconizou a quarta geração de direitos fundamentais: *os de participação*. Estes pressupõem a institucionalização do *princípio do discurso*, espaço público mediante o qual os cidadãos exercem a autonomia política, participando do processo discursivo e dialógico do consenso. O *princípio da democracia*, pelo qual os cidadãos participam da formulação da ordem jurídica, confere legitimidade às normas. Os processos de comunicação, estabelecidos em leis, se revelam essenciais ao implemento do princípio democrático. A integração social se faz, portanto, pela ação comunicativa.

O filósofo alemão reconhece a importância da Moral na formulação das leis, pois o legislador, ao criar a disciplina social, incorpora a moral aos novos modelos organizacionais e de conduta. Em seu paralelo, Habermas reconhece a possibilidade de a Moral universalizar-se, enquanto o Direito se restringe à comunidades particulares. A Moral é autônoma, independente, pois não busca fundamentos em outras instâncias, apoiando-se em argumentos resultantes de seus postulados. Diversamente se passa com o Direito, que depende de princípios morais, empíricos, comunicativos.

Na dicotomia *jusnaturalismo* e *juspositivismo*, Habermas não adere a qualquer das doutrinas. Rejeita a ideia do Direito Natural ao não admitir a preexistência de normas condicionantes das leis; não adere o juspositivismo,⁷⁷ pois admite um princípio moral no processo de criação do Direito: “*Esse princípio moral seria aquele que determina que todos os que compartilham da formação do direito tenham iguais direitos de participar do processo.*”

1 PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**, cit., p. 93.

2 PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**, cit., § 39, p. 500.

3 HOLMES, Oliver Wendell. **O Direito Comum**, obra publicada em 1881. Edição brasileira de 1967. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, p. 29.

4 O tema é desenvolvido com maior amplitude em nossa **Introdução ao Estudo do Direito**, capítulo 1, § 43.

5 **La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica**, cit., § 15, p. 35.

6 PERELMAN, Chaïm. **La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica**, cit., § 6, p. 16.

7 LARENZ, Karl **Metodologia de la Ciencia del Derecho** 1. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1986; CANARIS, Claus-Wilhelm **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. 1. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989; ENGISCH, Karl **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968; ALEX, Robert **Teoria da Argumentação Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Landy, 2008; ATIENZA, Manuel **El Derecho como Argumentación**. Op. cit.

- 8 Cf. ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 13.
- 9 Op. cit., § 196, p. 202.
- 10 Cf. art. 335 do Código de Processo Civil.
- 11 TOLEDO, Cláudia. Teoria da Argumentação Jurídica **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 395, p. 613, 2008.
- 12 Op. cit., p. 62.
- 13 Op. cit., p. 616.
- 14 KAUFMANN, Arthur **Filosofía del Derecho**. 1. ed. Trad. da 2. ed. Alemã. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 105.
- 15 **Direito, Razão, Discurso** – Estudos para a Filosofia do Direito. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 27.
- 16 Op. cit., p. 39.
- 17 **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, p. 79.
- 18 Cf. ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 79.
- 19 ARISTÓTELES. Tópicos. Livro I, 100 a 18. Esta obra é uma das seis que integravam o **Organon**. Os Pensadores. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- 20 ARISTÓTELES. **Tópicos**, livro I, 100 a 30 e 101 a 5. cit.
- 21 ARISTÓTELES. **Dos Argumentos Sofísticos**, § 4. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973 p. 163.
- 22 No dizer de Luiz Alberto Warat, a ambiguidade se apresenta “*em raciocínios cujas formulações contenham termos ou frases cujos significados mudam de maneira mais ou menos sutil durante a argumentação e, por conseguinte, induzem a concordar com certas afirmações que, sem a mudança de significação, não seriam aceitas*”. **Introdução Geral ao Direito** 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994, t. I, p. 158.
- 23 Op. cit., p. 159.
- 24 Ver em ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito** – Teorias da Argumentação Jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 48.
- 25 Lançada na Alemanha, em 1953, a obra foi traduzida por Tércio Sampaio Ferraz Jr. e integra a coleção **Pensamento Jurídico Contemporâneo** do Ministério da Justiça, Brasília, Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- 26 In: Prefácio do tradutor. **Tópica e Jurisprudência**, cit., p. 3.
- 27 Ver em BILLIER, Jean-Cassien e MARYOLI, Aglaé. Op. cit., p. 348.
- 28 Em prefácio à obra de Chaïm Perelman, **Tratado da Argumentação**. 1. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. XX.
- 29 Cf. PERELMAN, Chaïm. Apresentação. **Tratado da Argumentação**, cit., § II, p. 5.
- 30 **La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica**, cit., § 56, p. 151.
- 31 **Introdução ao Estudo do Direito**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 187.

- 32 CANARIS, Claus-Wilhelm. Op. cit., p. 269.
- 33 Op. cit., p. 287.
- 34 **Tópica e Jurisprudência**, cit., § 8, p. 87.
- 35 ALEXY, Roberto. **Teoria da Argumentação Jurídica**, cit., p. 50.
- 36 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1988 p. 40 e segs.
- 37 Op. cit., § 384, p. 336.
- 38 PERELMAN, Chaïm. Op. cit., p. 57.
- 39 Cf. HORN, Norbert. Op. cit., § 385, p. 337.
- 40 Introdução. **Tratado da Argumentação**, cit., § I, p. 1.
- 41 Cf. ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**, cit., p. 164.
- 42 **Lógica Jurídica y Nueva Retórica**, cit., § 76, p. 193.
- 43 Cf. PETRI, Maria José Constantino. **Argumentação Linguística e Discurso Jurídico** 1. ed. São Paulo: Selinunte, 1991, p. 28.
- 44 PERELMAN, Chaïm. **La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica**, cit., § 70, p. 175 e 176.
- 45 MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A Argumentação nas Decisões Judiciais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, § 3.4.2, p. 103.
- 46 **Ética e Direito**, cit., § 3, p. 87.
- 47 MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. Op. cit., p. 115.
- 48 **Ética e Direito**, cit., § 2, p. 84.
- 49 Cf. PETRI, Maria José Constantino. Op. cit., p. 37.
- 50 Cf. ANDRÉA FERREIRA, Fernando Galvão de. **Uma Introdução à Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy**. 1. ed. Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira & Morgado Editores, 2003, p. 47.
- 51 Op. cit., p. 47.
- 52 O assunto é mais desenvolvido na abordagem da **Teoria Pura do Direito**, capítulo XV, § 96.
- 53 O presente estudo sobre *meios da interpretação* foi desenvolvido por Robert Alexy em **Direito, Razão, Discurso**, cit, p. 70.
- 54 ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**, cit., p. 72.
- 55 ALEXY, Robert. **Direito, Razão, Discurso**, cit., p. 72.
- 56 SICHES, Luis Recaséns. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho** 2. ed. México: Editorial Porrúa, S. A., 1973, p. 282.
- 57 Cf. HORN, Norbert. Op. cit., § 387, p. 339.
- 58 Tal crítica proveio de Habermas: “*Se princípios estabelecem valores que devem ser realizados de forma ótima, e se a medida da satisfação desse mandamento de otimização não pode ser obtida a partir da própria norma, então, a aplicação desses princípios no âmbito do faticamente possível*”

exige uma quantificação orientada por finalidades.” Cf. ALEXY, Robert. Posfácio. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1. ed. brasileira. Trad. da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores Ltda 2008, p. 575.

59 Entrevista concedida ao periódico **O Globo**, Caderno Prosa & Verso, p. 2, edição de 05.12.2009.

60 Fonte citada, p. 2.

61 Cf. GESTA LEAL, Rogério. Verbete Habermas, Jürgen **Dicionário de Filosofia do Direito** 1. ed. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 405.

62 Cf. GESTA LEAL, Rogério. Op. cit., p. 403.

63 Em **Direito e Democracia**, cit., v. I, p. 19.

64 A obsessão de Habermas pelos processos de comunicação foi considerada por ele uma decorrência das humilhações enfrentadas na infância por ser portador de um lábio leporino. Daí haver declarado: *“Toda obsessão tem suas raízes biográficas.”*

65 Fonte citada, p. 2.

66 LEITE, Roberto Basilone **A Chave da Teoria do Direito de Habermas**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 159.

67 Op. cit., p. 405.

68 Op. cit., v. I, p. 11.

69 PALOMBELLA, Gianluigi **Filosofia do Direito**. 1. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 357.

70 BERUMEN, Arturo. Op. cit., § 1.10, p. 43.

71 *Idem*, 1.7, p. 29.

72 **Direito e Democracia**. Op. cit., v. I, p. 34.

73 Cf. KAUFMANN, Arthur **La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad** 2. ed. Bogotá: Editorial Temis S. A., 1998, p. 49.

74 *Apud* ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito** – Teorias da Argumentação Jurídica. Op. cit., p. 161.

75 Cf. HORN, Norbert. Op. cit., § 386, p. 338.

76 BILLIER, Jean-Cassien e MARYOLI, Aglaé. Op. cit., p. 435.

77 Cf. Cecília Caballero Lois, em prefácio à obra de Roberto Basilone Leite **A Chave da Teoria do Direito de Habermas**. Op. cit., p. 16.

Capítulo 22

A FILOSOFIA DO DIREITO NO BRASIL

Sumário: **145.** Considerações prévias. **146.** O Brasil-Colônia e a obra de Tomás Antônio Gonzaga. **147.** A Filosofia Jurídica brasileira no século XIX. **148.** A transição dos séculos e a Escola do Recife. **149.** São Paulo e seus jurisfilósofos no século XX. **150.** O século XX e a Filosofia do Direito no Rio de Janeiro. **151.** A Filosofia do Direito em Minas Gerais. **152.** O nordeste brasileiro e o pensamento jurídico-filosófico contemporâneo. **153.** A Filosofia do Direito contemporânea em outros centros brasileiros de cultura.

145. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Como a Filosofia do Direito é uma projeção do saber filosófico no âmbito do Direito, natural seria que os seus principais cultores emergissem nos centros de estudos filosóficos. De um modo geral, os jurisfilósofos foram, originalmente, juristas com formação filosófica. Outra circunstância que se constata é a sua experiência no magistério jurídico. Entre os juristas-filósofos com pensamento analisado neste capítulo, apenas Tomás Antônio Gonzaga e José Mendes não foram professores em curso de Direito. O primeiro, porém, elaborou o seu Tratado de Direito Natural com vista à obtenção de uma cátedra em Portugal, enquanto o segundo chegou a disputar um cargo de professor substituto na Academia de Direito de São Paulo, cuja láurea coube a João Arruda.

Após várias décadas ausente na grande parte dos cursos de graduação, pois perdera o seu caráter obrigatório com a chamada Reforma Francisco Campos, em 1931, a *Jusfilosofia* voltou a integrar o currículo mínimo dos cursos jurídicos no país, em decorrência da Portaria n. 1.886, de 30 de dezembro de 1994, do Ministério da Educação e do Desporto. A disciplina, naquele interregno, foi estudada na graduação restritamente por instituições preocupadas com a formação cultural do bacharel, e em cursos de pós-graduação, não chegando, todavia, a perder a sua vitalidade entre nós, pois no período ocorreu significativa produção científica. Com a Resolução CNE/CES n. 1 de 29 de setembro de 2004, o Conselho Nacional de Educação, ao estabelecer as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, embora sem menção específica à Filosofia do Direito, enfatizou a sua importância ao referir-se à necessidade de se assegurar aos acadêmicos uma sólida formação geral, humanista e axiológica, além de outros embasamentos.

É justamente no âmbito das universidades que se acha a esperança maior de um revigoramento na Filosofia Jurídica brasileira. É indispensável, todavia, que a reflexão jurídica se concentre em temas e conceitos fundamentais e com atenção voltada à práxis, a fim de que as pesquisas não se transformem em jogo dialético, mero diletantismo na produção de trabalhos estéreis. O afã de alcançar o progresso nos impele à formulação crítica de conceitos, categorias, ideologias tradicionais. A crítica é, sem dúvida, ponto de partida para novos estádios de evolução. É necessário, porém, que ao seu lado se apresentem as *construções*, seja no preenchimento de lacunas, ou na retificação de velhas noções.

O prestígio da Filosofia Jurídica em nosso país, a considerar a produção científica que se elabora, é crescente. Nenhuma outra fase, nem a da Escola do Recife, foi mais promissora. Entre outros fatores, é de se ressaltar a contribuição dos *Encontros Brasileiros de Filosofia do Direito*, que se realizaram por iniciativa e coordenação de

Miguel Reale, a partir de 1980, quando um seleto grupo de especialistas brasileiros e estrangeiros se reuniu em João Pessoa. Em tais certames, é relevante o acervo de comunicações apresentadas por juristas brasileiros.

Se, anteriormente, a nossa Filosofia do Direito foi um processo de engajamento às escolas europeias e de aclamação ao pensamento *extraneus*, notadamente ao de Ihering, reverenciado que foi pelos principais integrantes da Escola do Recife, hoje, com a filosofia de Miguel Reale, ganha alguma originalidade. O perfil atual, todavia, não revela, ainda, a formação de uma escola autenticamente brasileira. O esforço conjunto que se processa em áreas universitárias projeta-se, quase sempre, em matrizes ideológicas e conceptuais estrangeiras, embora as conclusões cheguem a apresentar traços personalizados de pensamento. É o que se pode constatar nas contribuições de Lourival Vilanova, em Recife, de Tércio Sampaio Ferraz Júnior, em São Paulo, de Luiz Fernando Coelho, no Paraná e em Santa Catarina, e as inoxidáveis de Machado Netto, em Salvador, e de Roberto Lyra Filho, em Brasília. O tridimensionalismo de Miguel Reale, com importante influência e crescentes adesões, não formou, ainda, uma escola, considerando-se esta não um conjunto de aficcionados, mas de implementadores de ideias-padrões.

146. O BRASIL-COLÔNIA E A OBRA DE TOMÁS ANTÔNIO GONZAGA

Embora de nacionalidade portuguesa, Tomás Antônio Gonzaga (1744-1809), autor de *Tratado de Direito Natural*, é nome que se liga à história da Filosofia Jurídica brasileira, como a sua primeira página, e isto não em razão da “última flor do Lácio”, com a qual escreveu a obra, mas essencialmente por haver-se radicado em nosso país, no seio do qual teria articulado ideias políticas libertárias. Embora sua condenação ao exílio, a sua participação na *Inconfidência Mineira* é contestada por alguns historiadores, entre os quais Almir de Oliveira.¹

A obra de Gonzaga não primou por originalidade de pensamento, antes pela exposição metódica, clara e objetiva, fundada na lição de vários autores, destacando-se as de Heinício, Pufendorf, Grócio. Ao professar o jusnaturalismo de coloração teológica, criticou a doutrina de Hugo Grócio, que aceitava o *Jus Naturae* ainda que Deus não existisse ou não cuidasse dos interesses humanos. Tal pensamento “de nenhuma sorte se deve admitir, porque, tirado de Deus, não podemos conceber legislador, e sem legislador não podemos admitir algum preceito”.² Além de exaltar a força divina, o escritor valorizou o poder temporal: o soberano seria competente não só para legislar como para julgar. Assim teriam praticado Salomão, Augusto e Tibério. Os magistrados seriam “umas pessoas públicas que, recebendo o poder do rei e representando a sua pessoa, nos exigem uma profunda obediência”;³ o Direito Positivo seria uma derivação da simples vontade do legislador. Ao explicar o sentido da lei, cumpria ao intérprete descobrir a vontade do legislador.⁴

Gonzaga vislumbrou dois princípios no *Jus Naturae*: o “de ser” e o “de conhecer”. O primeiro se consubstanciaria na vontade divina, como norma das ações humanas. Nesse princípio estaria a origem das obrigações. O princípio “de conhecer” seria uma proposição mediante a qual a pessoa poderia conhecer o Direito Natural e que deveria ser “certo, claro e adequado”. Dividiu o Direito Natural em positivo e permissivo. O positivo que melhor se chamaria *proibitivo*, seria o conjunto das leis que vedavam condutas, enquanto o *permissivo*, como o próprio nome induz, dava permissão ou concedia. Heinício e outros escritores haviam distinguido o Direito Natural absoluto do hipotético. O primeiro teria existido sempre, pois não dependia de qualquer fato humano, como matar, jurar falsamente. O hipotético, ao contrário, dependia da organização social, como o furto, que pressupõe o domínio. Tomás Antônio Gonzaga contestou tal classificação, pois pensava que o Direito Natural fosse sempre absoluto. Em relação ao furto, justificou: “Deus deu a todos os homens a liberdade e direito para poderem ocupar aqueles frutos que lhes fazem necessários para a sua conservação.”⁵ Em sua análise sobre a justiça, revelou preferência pelo

conceito de Peraldo, para quem aquele valor seria “uma virtude que dá a cada um o que é seu”. O gênero próximo da definição se localizaria na palavra virtude, e a diferença específica, na parte restante: “que dá a cada um o que é seu”. Pensava que a justiça seria uma das virtudes praticadas pelos homens.⁶

Relativamente ao Direito Positivo, o autor de Marília de Dirceu distinguiu duas espécies: o positivo divino e o humano. O primeiro se subdividiria em *particular* – o concedido por Deus a um povo, como o Direito hebraico – e *universal*, que seria dado a todos os homens – a norma de abstenção de sangue animal, que fora dada a Noé. O Direito Positivo humano foi dividido em *eclesiástico* e *civil*. O primeiro poderia ser particular ou universal, tanto quanto se impusesse a uma igreja particular ou a toda a Igreja. Quanto ao Direito Civil, referiu-se à classificação de Hugo Grócio: Direito Civil *largo* ou *restrito*. Enquanto este se limitava a uma cidade, o outro obrigava em muitas.⁷

No estudo que encetou sobre as leis, Tomás Antônio Gonzaga discorreu a respeito de seus requisitos: 1º) *ser honesta*, pois Deus não dera poder ao homem para agir diferentemente. Como o fim da lei era fazer com que os homens fossem bons, não seria senão com leis honestas que se poderia alcançar tal resultado; 2º) *não ofender à utilidade pública*. Ao justificar tal qualidade inerente às leis, admitiu que essas seriam sempre obrigatórias, “pois havemos de confessar que nem todas as razões pelas quais se fazem as cousas nos podem ser patentes e nem os soberanos têm obrigação de declararem aos povos os seus pensamentos”; 3º) *deve ser possível*, já que apenas o factível pode ser exigido; 4º) *deve ser perpétua*, excetuando-se a que se revelar inútil e nociva à utilidade pública e a que for substituída pelo monarca; 5º) *deve emanar do sumo poder*. A referência é ao poder temporal; 6º) *deve ser promulgada*, isto no sentido de divulgação de seu teor, pois não se pode “obrigar a coisas incógnitas, quais são as leis postas na mente do legislador ou em escritos ocultos...”; 7º) *deve apresentar palavras claras e próprias*, pois o contrário induziria a erros e consequentes injustiças; 8º) *deve dispor para o futuro*, uma vez que as ações pretéritas não podem ser reguladas.

147. A FILOSOFIA JURÍDICA BRASILEIRA NO SÉCULO XIX

147.1. Avelar Brotero. Se em nossa área de estudo a primeira obra de autor radicado no Brasil pertenceu a um escritor luso – Tomás Antônio Gonzaga –, há dois séculos, também daquela nacionalidade foi o nosso primeiro professor de Direito: José Maria de Avelar Brotero (1798-1878), que, por decreto de 12 de outubro de 1827, foi nomeado pelo Imperador para reger a cátedra de Direito Natural da recém-criada Faculdade de Direito de São Paulo, cabendo-lhe a honra de proferir a aula inaugural dos cursos jurídicos, em 1º de março de 1828.

Acumulando as funções docentes com a de secretário da instituição, Brotero lecionou até 1871, quando se jubilou. Ao se pesquisar a personalidade do professor, depara-se, de um lado, com a referência a um temperamento exaltado e arestoso e, de outro, com observações jocosas. Em ofício dirigido a José Clemente Pereira, Ministro do Império, em fevereiro de 1829, o diretor da Faculdade, Ten.-General Rendon, solicitou-lhe a demissão do cargo alegando que não se achava com forças para aturar um homem que “(...) se não é mais alguma coisa, é de certo um louco, capaz de atacar moinhos...” Do contínuo Mendonça, consta ter ouvido a seguinte advertência: “Sr. Conselheiro, eu suplico a V. Ex^a que não me persiga, porque eu também sou maluco.” Quanto à outra faceta de sua personalidade, expõe Spencer Vampré: “Ao lecionar, saíam-lhe as palavras em borbotões, e com tal veemência discursava, que, por vezes, trocava frases, ou palavras, umas pelas outras, dando lugar ao que se chamou broteradas.”⁸

Seguindo a orientação dos regulamentos então vigentes, açodadamente publicou, em 1829, um compêndio da matéria destinado aos alunos – **Princípios de Direito Natural** –, o qual lhe trouxe amargos ressentimentos, em face da repercussão negativa alcançada. A Comissão de Instrução Pública emitiu parecer contrário à adoção da obra, sob o fundamento de que lhe faltavam consistência lógica, clareza, precisão e ser uma compilação de vários autores. Em consequência, o livro foi substituído pelo de Perreau, **Éléments de Législation Naturelle**, obra sem maior expressão e que se baseava nos ensinamentos de Burlamaqui, datando de 1831 a sua primeira edição. Avelar Brotero não reagiu, nem ficou privado, em contrapartida, do exercício de seu cargo.

Apoiando-se nas obras de Mably, Holbach – a quem não citou nominalmente –, Helvetius, Perreau e Cabanis o mestre luso pouco se referiu ao Espírito das Leis, de Montesquieu, silenciando-se em relação a Kant, cuja obra já era conhecida e divulgada em nosso país por José Bonifácio e Amaral Gurgel. A definição de Direito Natural apresentada no compêndio, revela a falta de clareza de suas exposições: “(...) norma ou complexo de leis, ditadas pela Natureza Naturante, poder criador, onisciente e onipotente, a qual norma grava no coração do homem, e a promulgou, por meio da luz da razão, de maneira que o mesmo homem ficou ciente de qual é o fim da sua criação, isto é, o conservar-se e aperfeiçoar-se.”⁹ Ao referir-se à *natureza naturante*, que seria a Providência Divina. Avelar Brotero, que teria evitado suspeitas de heresia, distanciou-se da filosofia panteísta e do materialismo.

Relativamente à teoria do conhecimento, conforme observação de Miguel Reale,¹⁰ adotou o sensismo, ao escrever que a matéria-prima das ideias e dos juízos advém dos sentidos e que “a base essencial do pensar é o sentir”. Avelar Brotero esposou ideias avançadas e que contrariavam a doutrina prevalente em Portugal. Sustentou a tese de que o casamento seria *um contrato* e que se apoiava no mútuo consentimento; o divórcio seria a solução moral única, quando faltasse o consentimento mútuo ou a aptidão para a propagação; a igualdade de direitos entre os esposos; a necessidade do tratamento cordial e benigno do pai, não obstante o seu poder absoluto sobre os filhos.¹¹

Brotero foi autor, ainda, de outras obras jurídicas: **Questões sobre as Presas Marítimas** (1836), **Princípios de Direito Público Universal** (1837), **Filosofia do Direito Constitucional** (1868).

147.2. João Theodoro Xavier. O *krausismo* – pensamento filosófico do alemão Karl Christian Friedrich Krause – alcançou alguma projeção na Filosofia Jurídica, especialmente na Bélgica, pela adesão de Heinricl Ahrens, inobstante não valorizado na Alemanha, sua terra. No Brasil, o krausismo tornou-se conhecido e obteve divulgação por intermédio de João Theodoro Xavier (1828-1878), catedrático da Faculdade de Direito de São Paulo onde lecionou Direito Natural, no período de 1870 a 1878. Em seu livro **Teoria Transcendental do Direito** (1876), expôs as suas ideias básicas. No plano da obra define o seu propósito de enaltecer as teorias de Ahrens e de Krause e de reagir contra os sistemas dominantes. Ressaltando que a humanidade preferia conservar o mais conhecido, a aventurar-se em operação heroica, declarou a sua confiança no espírito investigador do século, que haveria de harmonizar o velho com o novo, o costume com a razão. O objeto da Filosofia Jurídica foi dividido em três partes: a) *geral*: reunião dos princípios primários e mais abstratos de justiça. Esta seria a mais importante, pois compreenderia o gérmen das demais partes. A obra dedica-se exclusivamente a essa parte geral; b) *especial*: núcleo de abordagem dos direitos naturais; c) *aplicada*: avaliação racional e jurídica dos institutos familiares.

Enquanto o Direito Natural, do ponto de vista do conhecimento, foi definido por João Theodoro Xavier como “ciência dos princípios necessários, universais, e incondicionais de justiça”,¹² o Direito Positivo foi considerado como “o conjunto harmônico e científico dos princípios de Justiça”. A noção de justiça, erigida em núcleo do Direito Positivo, se radicaria no conceito de *bem*: “Justiça em toda sua generalidade é o mesmo soberano bem enquanto

confere capacidades jurídicas, marca seus limites, e impõe deveres correlativos”.¹³ O conceito de equidade diverge do tradicionalmente aceito e de origem aristotélica. Não seria a adaptação da norma às peculiaridades do caso concreto ou a justiça do caso concreto. Definiu-a como “lei de justiça ou de moral, que impõe a renúncia voluntária de algum direito aparente, ou de seu exercício, em favor de outrem”.¹⁴ Assim, praticaria equidade o senhor que libertasse seus escravos.

A liberdade seria importante elemento da vida jurídica, pois “não há dever senão para atividades livres... Não há direito sem liberdade”.¹⁵ A essência do Direito, todavia, não estaria na liberdade, mas na capacidade. Reconheceu na coação uma característica do Direito: “justa é a reação contra a injustiça”.¹⁶ A faculdade, poder ou capacidade, somente alcançariam caráter jurídico quando fossem exequíveis pela coação. A força a serviço do Direito consistia no emprego do poder físico ou imaterial. Enquanto os deveres jurídicos seriam exigíveis, a *voluntariedade* estaria na base da execução moral. A lei jurídica se identificava pela correção entre deveres e direitos. Surpreendentemente, à vista de sua concepção jusnaturalista, emprega os termos legalidade e legitimidade como sinônimos: “Legalidade ou legitimidade, ilegalidade ou ilegitimidade exprimem a conformidade ou contrariedade do fato com a lei.”¹⁷ O individualismo foi apontado como princípio fundamental do Direito e a experiência revela que a sua expansão é paralela ao progresso dos povos. Embora esse reconhecimento, o autor rejeita o individualismo e foi, na opinião de Miguel Reale, “um dos precursores, no Brasil, de uma concepção mais social do Direito”. Para o nosso jurisfilósofo maior, faltou a João Theodoro Xavier “espírito crítico para exame de vários problemas, pela carência de unidade e de sequência lógica na exposição”.¹⁸

147.3. Sá e Benevides. Sucedendo a Ernesto Ferreira França, em 1877, na cátedra de Direito Natural Público e das Gentes da Academia de Direito de São Paulo, José Maria Corrêa de Sá e Benevides, nascido em Campos, Estado do Rio de Janeiro, em 1833, veio a ser genro de Avelar Brotero e presidente das Províncias de Minas Gerais e do Rio de Janeiro. Apoiando-se especialmente na doutrina da Igreja e nas lições de Rosmini, Bensaúde Taparelli e Liberatore, escreveu **Elementos de Philosophia do Direito Privado**(1884). Vazada em estilo claro e preciso, a obra possui conteúdo fortemente dogmático, expresso em parágrafos curtos, onde o autor não reflexiona, limitando-se a apresentar imperativamente as suas conclusões. Se bem que os capítulos iniciais versem temas de Filosofia Jurídica, a maior parte refere-se a variados institutos de Direito Privado, pelo que melhor se lhe aplicaria o título de Enciclopédia Jurídica. As considerações de ordem jurídico-filosóficas acham-se concentradas no extenso prefácio que acompanha o livro.

Adepto do jusnaturalismo de fundo teológico, assentado em princípios imutáveis e de origem divina, rejeitou o *estado de natureza*, concebido por Rousseau e Hobbes. Sá e Benevides postou-se contra a filosofia socialista, que afrontava as leis naturais, pois a propriedade se fundaria na natureza humana, colocando-se em função do direito à existência, conservação, perfeição e liberdade. Daí reconhecer, na herança e usucapião, instituições de Direito Natural *em substância*. Significativa distinção faz o autor, nesta passagem, ao frisar que à lei civil competia estabelecer a modalidade de ambos. Isto é, em sua pureza ou princípios, os institutos seriam de Direito Natural cabendo ao poder temporal o desdobramento pela admissão de normas concretas sintonizadas com as exigências da época. Depreende-se que o jusnaturalismo concebido não era o da versão racionalista dos tempos modernos, que não se limitava a definir princípios e cogitava de leis prontas e acabadas. Tal concepção de Sá e Benevides deixa uma abertura para os processos de adaptação às novas necessidades sociais, permitindo assim a harmonia entre o dado e o construído, em outras palavras, promove a conciliação entre o natural e o histórico.

O objeto da Filosofia do Direito estaria centralizado no valor justiça, cujos princípios dimanavam da natureza humana, da sociedade e de Deus. Tais princípios seriam revelados pelo Criador e acessíveis à razão humana. A justiça absoluta objetiva seria “a conformidade dos atos de Deus com a ordem moral e social estabelecida pela sua Razão e Vontade”; a justiça objetiva relativa seria a adequação da conduta humana às regras morais e jurídicas. A justiça subjetiva foi concebida como virtude ou hábito de seguir os mandamentos morais e jurídicos. O Direito se dividiria em objetivo e subjetivo. O primeiro seria a lei, que revela a justiça; o segundo é a faculdade possível ou real conforme ao Direito objetivo. A natureza humana seria a fonte do direito subjetivo, e a razão, a fonte formal.¹⁹ Admitiu que a pessoa humana poderia ser “sujeito do Direito, objeto do Direito, objeto de relação jurídica, e sujeito do dever jurídico”.²⁰ A ciência do Direito teria por objeto de estudo a justiça em geral e em particular, enquanto a Moral estudava o bem em geral e em particular.

Sá e Benevides repeliu o pensamento, expresso por A. Comte, de que a Moral se subordinava à Sociologia quando, na verdade, “a Moral é a base da ciência social, segundo as ideias geralmente aceitas”.²¹ Censurou *o pai da Sociologia* por não admitir deveres do homem em relação a Deus e a si próprio e reconhecer que os seres humanos deveriam buscar o seu aperfeiçoamento como fórmula de melhor atender à coletividade. Reputou “uma fantasia” a religião criada pelo positivismo, pois não se fundava na crença em Deus e na imortalidade da alma.

Por não concordar com o regime republicano, Sá e Benevides deixou a cátedra em 1890, ficando na memória da Academia de São Paulo, conforme observação de Spencer Vampré, como “um homem austero, de grande pureza d’alma, e de arraigadas e sinceras convicções”.²²

147.4. José Soriano de Souza. Autor de **Elementos de Filosofia do Direito** (1880) e de **Princípios Gerais de Direito Público e Constitucional** o antigo professor da Faculdade de Direito do Recife, nascido na Paraíba, José Soriano de Souza (1833-1895), cujos méritos são destacados por Arthur Machado Paupério,²³ abraçou o jusnaturalismo de Liberatore, Taparelli e Sanseverino, escolásticos modernos. Dada a sua doutrina conservadora foi alvo de críticas, em especial, de Sílvio Romero, que o execrou sem a devida fundamentação,²⁴ e de Tobias Barreto, a quem venceu na disputa pela cadeira de Filosofia do Gymnasio Pernambucano. Era formado em Medicina pela Faculdade do Rio de Janeiro e em Filosofia, em Louvain.

O valor da obra de Soriano de Souza foi reconhecido por Clóvis Bevilacqua, ao destacar o fato de seus livros de Filosofia terem sido adotados nos liceus do Norte e ao transcrever palavras do padre Leonel Franca em que este embora negando originalidade ao pensamento daquele expositor, reconheceu-lhe o mérito de haver pesquisado nas principais fontes. Quanto ao jurista, Clóvis Bevilacqua observou: “... *direi que os seus estudos de Direito Constitucional, sobretudo os Princípios Gerais de Direito Público e Constitucional, são de valor didático muito apreciável, pela clareza e segurança da doutrina...*”²⁵

O pensamento filosófico, à época em que Soriano de Souza lecionou e escreveu as suas obras, era dominado por duas correntes opostas: o *naturalismo moderno*, que se apoiava na razão e não admitia a influência da fé na moral e na política e o *sobrenaturalismo clássico*, que sustentava opinião contrária. Soriano de Souza, no embate entre a religião e a filosofia, afirmava a superioridade daquela, uma vez que se originava na sabedoria e amor divino, enquanto constituía emanção do espírito humano. Em outras palavras, Soriano de Souza, autêntico porta-voz do pensamento tradicionalista em face da laicização do pensamento filosófico, subordinava a Filosofia à Teologia. Quanto ao Estado, entendia que o poder emanava de Deus e constituía um absurdo a pretensão de derivá-lo de membros da sociedade.

A produção científica de Soriano de Souza está impregnada do pensamento jusnaturalista, como se constata na passagem em que trata do ensino: “*A faculdade de ensinar é uma consequência do direito de comunicar os pensamentos, e este direito não é prerrogativa do Estado, mas um direito natural do homem, como o de associar-se, de manifestar o pensamento, e outros. A palavra oral, escrita, impressa, são meios diferentes de executar um mesmo direito – o direito de pensar.*”²⁶

148. A TRANSIÇÃO DOS SÉCULOS E A ESCOLA DO RECIFE

148.1. Tobias Barreto. Personalidade marcante, espírito polêmico e de emulação, o sergipano Tobias Barreto (1839-1889) tem o seu nome indelevelmente ligado à Faculdade de Direito do Recife, onde estudou ao lado de Castro Alves e, mais tarde, após memorável concurso em que venceu Augusto de Freitas, ingressou como professor, em 1882. Filósofo, poeta e jurista, preferiu os ensaios à elaboração de obras alentadas. A sua inquietude intelectual o impedia de se alongar na análise de seus temas, levando-o a perquirir sempre novos caminhos. Na área jurídica, destacam-se as seguintes produções científicas: **Sobre uma Nova Intuição do Direito** (1881), **Ideia do Direito** (discurso de paraninfo) e **Introdução ao Estudo do Direito** (1887/8). Admirador da cultura germânica, a ponto de ser chamado de *alemão de Sergipe*, foi notável divulgador das teorias de Ihering, embora a primazia de citar o escritor alemão em primeiro lugar, no país, coube a Sílvio Romero. Sob a influência do autor de **A Luta pelo Direito** e de Hermann Post, Tobias Barreto foi o principal nome brasileiro na Filosofia do Direito do século XIX.

Embora tenha assimilado parte das ideias de seus mestres alemães, o escritor não os acompanhou incondicionalmente. Prova disto é que, enquanto Ihering definira o Direito como “o conjunto das condições de vida da sociedade, no sentido mais amplo da palavra, coativamente asseguradas pelo poder público”, Tobias o concebeu como “conjunto das condições existenciais e evolucionais da sociedade, coativamente asseguradas”. Além de acrescentar as condições de desenvolvimento, abandonou a evocação ao *poder público*, conforme ressalta Clóvis Beviláqua.²⁷ Mediante as doutrinas de Post e de Ihering, o filósofo alcançou e aderiu ao evolucionismo de Darwin e Haeckel.

Abominando a corrente racionalista, sustentou que o Direito é objeto cultural, considerada a cultura como antítese da natureza. O fenômeno jurídico foi exposto como processo de adaptação: “(...) uma das peças de *torcer e ajeitar*, em proveito da sociedade, o homem da natureza... um invento, um artefato, um produto do esforço do homem para dirigir o homem mesmo...”²⁸

Partindo da premissa de que a positividade é característica do *Jus*, rejeitou a noção do Direito Natural. Tal negação se explica por duas razões principais: a) ao combater incisivamente o *Jus Naturae*, Tobias partiu da visão de um Direito metafísico, de algo não dependente do homem; b) a proclamada universalidade do Direito Natural uma vez que a universalidade do Direito “é simplesmente uma frase”.²⁹ Em sua crítica ao Direito Natural, substituiu a noção desta pela ideia de lei natural do Direito, chegando a afirmar: “é preciso bater cem vezes e cem vezes repetir: o direito não é filho do céu, é simplesmente fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade”. Não obstante tenha censurado a Escola Histórica do Direito, justamente por não estudar a historicidade do fenômeno jurídico, identifica-se com aquela doutrina quando ela pretende elidir os direitos absolutos e imutáveis, “reduzindo o direito em geral às proporções de uma coisa, que nasce, cresce e se desenvolve, como qualquer produto da natureza”.³⁰ Ainda no âmbito da Epistemologia, criticou o querer do *sociologismo* de fazer da Sociologia uma ciência abrangente de todos os fenômenos sociais. Cioso da autonomia da Ciência do Direito, também tomou c

cuidado de não transferir a problemática jurídica para o círculo das ciências naturais. A Ciência do Direito não deveria, porém, ser cultivada isoladamente, pois importante o seu “contato com a ciência viva, com a ciência do tempo, com a última intuição de espíritos superiores”.

Na área jurídica, além de estudos de Epistemologia, Tobias Barreto submeteu alguns institutos de Direito Criminal a um balanço valorativo. Especialmente relevante é o seu trabalho intitulado **Algumas Idéias sobre o Chamado Fundamentos do Direito de Punir** (1881), no qual defende a tese de que o conceito de pena “não é um conceito jurídico, mas um conceito político”, isto porque ao sujeito que teve o seu direito ofendido interessa tão somente o restabelecimento da situação anterior ou a indenização. Tais imposições não configurariam penalidades, mas “o que vai além desta esfera nasce de motivos que são estranhos ao Direito mesmo”. Nos domínios do Direito Privado, produziu significativo estudo sobre o direito autoral, expressão que elegeu e ficou incorporada à nossa terminologia, embora o Código Civil brasileiro tenha preferido a denominação francesa de *propriété littéraire*, a qual, inequivocamente, possui a inconveniência de ser mais restrita. Naquele direito, vislumbrou não um direito real, mas pessoal e, conforme Clóvis Beviláqua, o direito autoral é considerado pelos autores de melhor estirpe como propriedade imaterial.

148.2. Sílvia Romero. Discípulo de Tobias Barreto e seu companheiro na *Escola do Recife*, Sílvia Romero (1851-1914) alcançou projeção nas áreas da Filosofia, Literatura e Direito. Entre as suas obras principais, destacam-se **A Filosofia no Brasil** (1878), **História da Literatura Brasileira** (1888) e **Ensaio de Filosofia do Direito** (1895), onde, nesta última, o autor sergipano, prefaciando a 2. ed., confessou a influência ideológica recebida nos diversos planos do saber. Na *teoria do conhecimento e intuição filosófica*, assimilou a orientação kantiana; em Spencer, o *evolucionismo agnóstico*; em Darwin e Haeckel, o *transformismo biológico*; em Schopenhauer, alguns conceitos da Ética; em Savigny, S. Maine e R. Ihering, a concepção do Direito, apoiando-se, ainda, nesse domínio, em Fustel de Coulanges, Holtzendorff e Dareste.

Na obra geral de Sílvia Romero, a parte menos compreendida, segundo o depoimento de Luís Washington Vita é a filosófica, mas, em contrapartida, o seu analista atento se certificará de que o pensamento romeriano compõe um todo coerente e “que se sistematiza quase à maneira hegeliana”.³¹ Não faltaram, todavia, as críticas pertinazes ao escritor. Leonel Franca considerou-o “pensador medíocre”, e Sílvia Rabelo reputou como inconsistentes e ingênuas as soluções por ele trazidas no campo da Filosofia.³² Salvo alguns pontos de luz, a sua Filosofia do Direito é obscura e não centralizada na virtual temática da disciplina. Exemplo disto é a análise que fez de certas leis sociológicas, como a que batizou por *lei de homocronia*, que enuncia: “Toda a colônia reproduz a estrutura política, econômica, religiosa etc. da mãe pátria, ao tempo em que se operou a colonização.”³³

Fixando-se propriamente na órbita jurídica, deu ênfase à presença do *princípio da historicidade e evolução* e *princípio do naturalismo*, introduzidos, respectivamente, por Savigny e Ihering. Ambos dotados de genialidade – o primeiro, fundador da Escola Histórica, situou o Direito como produto da história, evolução humana e cultura social; o segundo teria ido mais longe, acrescentando que a evolução se dava pelo princípio da seleção e de acordo com os processos de herança e adaptação.

No paralelo que traçou entre a Moral e o Direito, considerou-os irmãos gêmeos, que regulam as ações dos homens na sociedade. Enquanto a Moral visa a realizar *obem* e disciplina a *vontade individual*, o Direito tem por alvo o *justo*, segundo o antigo preceito *suum cuique tribuere*, e é uma disciplina da *liberdade*. O princípio fundamental do Direito seria: “Põe em movimento a tua ação até onde ela não impossibilite a ação dos outros.”

Relativamente ao significado da força no campo do Direito, Sílvia Romero distinguiu a aplicação do vocábulo no sentido de *força cósmica* e de *energia humana*. Se a expressão *o Direito é a força* for empregada para esclarecer que o fenômeno jurídico está sujeito à potência que movimenta a matéria em geral, ter-se-á uma definição tautológica; se por ela se entende a repressão social, o equívoco seria patente, pois o Direito pretende a *eliminação da força*. Em uma página de rara beleza, refere-se a duas situações experimentadas por duas tribos antigas. Na primeira hipótese, o grupo mais forte se aproxima e expulsa o mais fraco. Isto não seria o Direito. Na segunda, ao encontrar a tribo mais débil já instalada, a mais forte e recém-chegada se afasta, não por falta de força, mas por respeito. O Direito estaria nesta atitude, podendo ser definido como “aquele processo pelo qual a força da razão expele e reprime a força do braço; é a harmonização das lutas sociais pelos ditames do justo”.³⁴

Após referir-se às definições expostas por Ihering, Tobias Barreto, Gumersindo Bessa e Kant, propôs a seguinte, que reúne elementos do pensamento kantiano e a evolução spenceriana: “Direito é o complexo das condições, criadas pelo espírito das várias épocas, que servem para, limitando o conflito das liberdades, tornar possível a coexistência social.”³⁵

148.3. Clóvis Beviláqua. O eminente escritor cearense e invulgar cultor do Direito pátrio, Clóvis Beviláqua (1859-1944), é nome que integra o reduzido grupo de intelectuais brasileiros que, além de versar e produzir no plano filosófico, edificou proficuamente na esfera do Direito Positivo. O fator ambiental certamente contribuiu para a formação daquele que foi, no dizer de Machado Netto, o maior jurista da *Escola do Recife*.³⁶ Uma densa atmosfera cultural envolvia a Faculdade de Direito do Recife, durante o tempo em que a frequentou, primeiramente como estudante (1878-1882), depois como seu bibliotecário, época em que se entregou à leitura e elaboração de alguns trabalhos, e, finalmente, como professor (1889-1899).

Entre as obras que escreveu, merecem destaque especial: **Juristas filósofos** (1897), onde, após substanciosa introdução de cunho histórico, analisou o pensamento jurídico de Cícero, Montesquieu, Ihering, Hermann Poser, Tobias Barreto e Sílvia Romero; **Esboços e Fragmentos** (1899), que reúne ensaios de natureza jurídico-filosófica; **Teoria Geral do Direito Civil** (1907); **Código Civil Comentado** (1916-1919), em seis volumes; **História da Faculdade de Direito do Recife** (1927) e **Linhas e Perfis Jurídicos** (1930), na qual aprecia as doutrinas de Del Vecchio, Hauriou, Maday e Kohler, além de apresentar abordagens sobre o Direito no Brasil, com enfoques de ordem cultural e legislativa. Não obstante o reconhecido valor atribuído aos livros de Clóvis Beviláqua, o seu nome memorizou-se entre nós, principalmente em razão do anteprojeto de Código Civil que, aos quarenta anos de idade e no curto período de seis meses, elaborou a convite do governo Campos Salles. Naquele anteprojeto, que em 1º de janeiro de 1916 se transformou na Lei n. 3.071, Clóvis exteriorizou os conhecimentos que amalhara na cátedra de Legislação Comparada.

Uma importante particularidade acerca de sua formação cultural deve ser ressaltada: a experiência fora sedimentada na leitura, elaboração de livros e exercício do magistério. Clóvis Beviláqua, que não praticara a advocacia, nem fora magistrado, não possuía militância forense, condição esta que teria deixado a marca de *didatismo* em algumas passagens do Código. Em contrapartida, o autor não se condicionara a posições assumidas anteriormente no fragor dos litígios. Conforme observação de San Thiago Dantas, “entre a sua inteligência e o universo das regras e conceitos jurídicos, nada se interpunha que pudesse toldar a transparência do raciocínio ou comprometer a objetividade das convicções”.³⁷

Inspirado no pensamento da época, seguiu inicialmente a doutrina positivista, não admitindo um direito oriundo

da natureza ou fundado apenas na razão. O Direito não seria uma ideia inata, aliás, não haveria ideias inatas: “A formação das ideias é, como a formação de um organismo, um fato da evolução; é uma evolução orgânica nos centros do cérebro.”³⁸ Partidário do *evolucionismo*, concebeu o Direito como fenômeno natural, passível de explicações por leis naturais. Dentro desta concepção, Clóvis afirma que o Direito se expande em três sentidos: a) ampliação dos direitos atribuídos a pessoas; b) aumento gradativo das garantias para um número crescente de pessoas; c) segurança crescente dos direitos reconhecidos. Os três movimentos, que seriam diferenciados, mas convergentes para o mesmo ponto, seriam confirmados tanto pela razão quanto pela história.³⁹

Especificamente sobre o mundo jurídico, vislumbrou três planos de investigação: o da Técnica Jurídica, o da Ciência Geral do Direito e o da Filosofia Jurídica. No plano da Técnica, tem-se o conhecimento prático e o problema da aplicação das normas aos casos concretos. A Ciência Jurídica, reconhecida, hoje, como disciplina que explica e sistematiza o Direito vigente, teve o seu objeto alargado na visão do insigne comparatista, que lhe atribuiu a tarefa de estudar o ordenamento jurídico “sob o ponto de vista das razões especiais que a determinaram, da história, da comparação, da vida e sociedade”. Relativamente à Filosofia Jurídica, identificou--a como a ciência que “dando uma visão de conjunto sobre as várias manifestações do fenômeno jurídico, estuda as condições de seu aparecimento e evolução, e determina as relações existentes entre ele e a vida humana em sociedade”. De acordo com a crítica de Machado Netto, a definição poderia servir para a Sociologia do Direito.⁴⁰ Na observação do ilustre professor baiano, o *sociologismo jurídico* se acha patente na doutrina de Clóvis, especialmente quando este esclarece que “a Sociologia (...) é quem nos pode dar a verdadeira concepção do direito”.⁴¹

Particularmente interessante é a ideia acerca da Moral e do Direito. Haveria interpenetração nas duas grandes categorias deontológicas. Embora revelasse admiração pela abordagem formulada por Del Vecchio, para quem a Moral e o Direito seriam dois aspectos distintos da Deontologia, declarou o seu não convencimento quanto à irreducibilidade dos sistemas. Pensava que, no futuro, as condutas, atualmente observadas por imposição legal, serão praticadas por impulso natural. Seria um dever do homem, hoje, ampliar o continente moral existente no Direito, para que este possa “assegurar as condições de vida e desenvolvimento da sociedade, e não contrariar a marcha da evolução cultural humana”.⁴²

Ao analisar o conceito do Direito, reputou a definição de Ihering, dentro de sua interpretação, como *perfeita e completa*. Para o jurista alemão, o Direito seria “o conjunto das condições existenciais da sociedade coativamente asseguradas pelo poder público”. As *condições existenciais* deveriam abranger não apenas a sociedade em repouso, mas também em sua progressão dinâmica e as necessidades asseguradas seriam tanto as físicas quanto as econômicas e as puramente ideais.⁴³ A justiça, como valor, teria caráter emocional e não intelectual, conforme pretendia a concepção racionalista. Na esteira de Rudolf von Ihering, expôs a tese de que *aluta* seria o principal fator do Direito; ela o cria e o mantém.⁴⁴ O sentimento do *egoísmo*, por sua vez, seria o responsável pelo surgimento do Direito, pois este o possui por objeto de disciplina. Quanto à forma de expressão do Direito, malgrado reconheça que o *Jus scriptum* é menos flexível do que o costume, vê na *lei* a vantagem de oferecer lucidez e segurança ao Direito, compensando-lhe a perda de flexibilidade e movimento. Em estudo sobre o *direito subjetivo*, refutou a tese negativista de Léon Duguit, que pretendeu eliminar da terminologia jurídica aquele conceito. Mais uma vez na orientação de Ihering, reconheceu que os direitos subjetivos são “interesses juridicamente protegidos”, entendendo-se por interesse as utilidades ou bens de ordem econômica ou moral.

148.4. Outros nomes na Jusfilosofia. Vários outros nomes se projetaram na Escola do Recife, cujo

movimento de ideias surgiu na poesia, na segunda metade do séc. XIX, e irradiou-se às diferentes formas de manifestação do pensamento, alcançando o Direito e a Filosofia. Movida pelo ideal de renovação espiritual, a Escola do Recife influenciou-se pelo neokantismo, especialmente quando este se achava em sua primeira fase e padecia de falta de unidade interna, conforme comentário de Antônio Paim, que registra, ainda, a adesão ao monismo, evolucionismo, historicismo, antimecanicismo e crítica sistemática ao pensamento filosófico no país – positivista e espiritualista – como as principais marcas de sua doutrina.⁴⁵

Contemporâneo de Tobias Barreto nos bancos acadêmicos da Faculdade do Recife e depois professor na instituição, José Higino Duarte Pereira (1847-1907) aderiu ao positivismo e, posteriormente, ao evolucionismo de Spencer, o que provocou polêmica pela imprensa com Tobias, que criticava o pensamento spenceriano. Sob a influência do pensamento de Tobias Barreto, de quem foi um dos principais colaboradores, Artur Orlando (1858-1916) foi autor de **Propedêutica Político-Jurídica** (1904), além de outros trabalhos. Apontando como problema capital da Filosofia a distinção do que há de objetivo e de subjetivo no saber humano, atribuiu à teoria do conhecimento a condição de objeto próprio da Filosofia e que a justificava.

Fausto Cardoso, sergipano de nascimento e professor de Filosofia e História do Direito, na Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro, foi um seguidor ortodoxo da filosofia evolucionista de Ernst Haeckel e autor de **Concepção Monística do Universo** (1884), **Taxinomia Social** (1898), além de **Cosmos do Direito e da Moral**, em dois volumes, cuja publicação é objeto de dúvida, pois, diferentemente de Antônio Paim,⁴⁶ Machado Netto afirma que o livro não foi dado a lume.⁴⁷ Outro sergipano que se projetou na área jurídico-filosófica da Escola foi Gumersindo de Araújo Bessa (1859-1915), autor do ensaio **Que é Direito?**, publicado em apêndice à obra **Ensaio de Philosophia do Direito** de Sílvio Romero. Concebeu o Direito Natural apenas como idealização do Direito Positivo e atribuiu ao Estadonão a tarefa de criar o Direito, mas a de reconhecê-lo. Dentro de uma visão sociológica, definiu a Jurisprudência como “a exposição sistemática das leis históricas que regem o seu desenvolvimento”.⁴⁸ Autor de uma tese sobre Sistematização das Ciências Jurídicas (1908), Soriano de Albuquerque (1877-1914) foi professor de Direito no Ceará, onde divulgou o pensamento da Escola. Com formação sociológica sustentou em seu livro **O Direito e a Sociologia** (1912) que, ao regular a dinâmica social, o Direito visa à manutenção do equilíbrio da sociedade e a garantir a convivência.

Formado no Recife, Leovigildo Filgueiras foi um dos fundadores da Faculdade Livre de Direito da Bahia e seu primeiro catedrático de Filosofia e História do Direito. Sob a influência do evolucionismo spenceriano, escreveu **Estudos de Filosofia do Direito**, onde não distinguiu, com clareza, os domínios da Filosofia do Direito e da Sociologia sendo criticado por Almachio Diniz, seu sucessor na cátedra. Entre as numerosas obras de Almachio Diniz destacam-se, na área jurídico-filosófica, **Ensaio Filosófico sobre o Mecanismo do Direito**, **Questões Atuais de Filosofia e Direito** e **Curso de Enciclopédia Jurídica**. Sob a influência de Fausto Cardoso, aderiu ao evolucionismo de Ernst Haeckel e situou o Direito como ordem subordinada às leis biológicas.

149. SÃO PAULO E SEUS JURISFILÓSOFOS NO SÉCULO XX

149.1. Pedro Lessa. O autor de **Estudos de Filosofia do Direito** (1912) e de outros escritos, jurista-filósofo Pedro Lessa (1859-1921), possuía uma formação cultural compreensiva da teoria e prática do Direito. A sua cosmovisão científica levou-o ao exercício de duas funções nobilitantes: à cátedra de Filosofia do Direito da Academia de São Paulo e à judicatura do Supremo Tribunal Federal, em 1907. O perfil do professor foi traçado por Spencer Vampré: “(...) sabendo ser elementar sem descer à superficialidade, expunha as doutrinas alheias com

fidelidade absoluta, e criticava-as com fortes e decisivos argumentos.” Quanto ao magistrado, segundo ainda Vampré, “poder-se-á dizer, sem favor, que nunca um membro do Supremo Tribunal se constituiu, tão espontaneamente, líder intelectual daquela altíssima corte de justiça, como Pedro Lessa, e se, no proferir os seus votos, houvesse guardado uma linha mais serena e menos acrimoniosa, ninguém teria sido mais perfeito juiz do que ele”.⁴⁹

Sintonizado no pensamento da época, assimilou a filosofia positivista e a doutrina organo-evolucionista, não admitindo as antigas concepções que situavam o Direito nas instâncias teológica e racionalista. O método científico, que se desdobra nas etapas de observação, formulação de hipótese e experimentação, não teria aplicabilidade restrita no reino natural e deveria ser o método do Direito: “O único método aplicável à formação da ciência do direito é o positivo, ou científico, combinação dos processos indutivos com a dedução.”⁵⁰

O escritor mineiro, autor ainda de **Dissertações e Polêmicas** (1909) e **Do Poder Judiciário** (1915), não aderiu, todavia, ao positivismo extremado, pois chegou a atentar para a existência do Direito Natural, ao declarar que o Direito, apesar de sua variação no tempo e no espaço, abriga sempre princípios fundamentais imutáveis.

O Direito Positivo foi concebido como o conjunto das condições orgânicas “de vida e desenvolvimento da sociedade e do indivíduo, dependente da vontade humana, e já garantidas, ou que é necessário o sejam, pela força física do Estado”.⁵¹

A Filosofia do Direito apresentava três missões: a) *a definição do método a ser aplicado nas investigações científicas do Direito*. Tal escolha possui importante significado, pois determina a direção do espírito. Se o método for o dedutivo, a investigação caminhará de ideias gerais norteadas pela religião ou pela metafísica; b) *a exposição sistemática dos princípios fundamentais do Direito*. Diante da atomização do território jurídico, com o surgimento da pluralidade de ramos, que apresentam princípios particulares, é indispensável a tarefa de revisão geral em todo o domínio jurídico, a fim de se “descobrir os traços de união entre todos esses diversos ramos da ciência do Direito, o que há de comum, de geral em todos eles, unificando todo o saber jurídico”;⁵² c) *o estudo das relações do Direito com as ciências antropológicas e sociais*. Coerente com o objeto apontado para a Filosofia do Direito, definiu a disciplina como “a parte geral da ciência jurídica, que determina o método aplicável ao estudo científico do Direito, expõe sistematicamente os princípios fundamentais dos vários ramos do saber jurídico, e ensina as relações deste com as ciências antropológicas e sociais”.⁵³

Aplicada nos domínios da Política, a filosofia de Pedro Lessa demonstra uma índole renovadora, pois preconiza o triunfo da ideologia socialista, que deverá, no futuro, ser consagrada em lei. Revelou-se, ainda, um espírito cívico, presidindo a Liga de Defesa Nacional. Anteriormente participara ativamente da propaganda republicana e colaborara, já sob o novo regime, na elaboração da Constituição Política do Estado de São Paulo. Foi, ainda, membro da Academia Brasileira de Letras, ocupando a cadeira que pertencera a Lúcio de Mendonça, que também fora docente da Academia de São Paulo.

149.2. José Mendes. Formado pela Academia de Direito de São Paulo, o advogado José Mendes publicou a obra intitulada **Ensaio de Filosofia do Direito**, em 1905, sob a pretensão modesta de oferecer aos estudantes a condensação da doutrina de Pedro Lessa, de quem fora discípulo e se revelara seguidor. Como observa Machado Netto, o autor não se limitou a reproduzir as lições do jurista-filósofo, indo além e abeberando-se em outras fontes, como na filosofia de Augusto Comte e de Spencer, seus mestres preferidos. Em estilo simples, sem afetação, linguagem adequada, o escritor, de naturalidade mineira, elaborou na verdade um valioso manual, útil não apenas aos

estudantes, mas ainda aos que se dedicam à *scientia altior* do Direito.

Ao abordar o conceito do Direito à luz da Escola Científica, cuja doutrina reputou verdadeira,⁵⁴ alinhou as definições de Spencer e de Pedro Lessa, apontando a sua preferência por esta última: “O Direito é o conjunto orgânico das condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, dependente da vontade humana e garantidas, ou que devem sê-lo, pela força coercitiva do Estado.”⁵⁵ José Mendes foi adepto da *teoria evolucionista*, para quem todos os objetos, materiais ou não, estariam sujeitos à lei de evolução, “passando ao estado de homogeneidade indefinida, incoerente, para o estado de heterogeneidade definida, coerente”.⁵⁶ As normas sociais em geral – Direito, Moral, Religião – estariam sujeitas a essa transformação. Os primeiros códigos seriam um exemplo, pois foram reuniões de regras não apenas de natureza jurídica, mas também religiosa e de trato social. O desenvolvimento em geral passava sempre do simples para o *complexo*, deixando “o estado de homogeneidade indefinida e incoerente para o estado de heterogeneidade definida e coerente”.⁵⁷

Relativamente à distinção entre a Moral e o Direito, assimilou a *teoria dos círculos concêntricos*, de Bentham, segundo a qual o Direito representaria o círculo menor e a Moral, o maior. Enquanto na *gravidade do fato* se localizaria o critério intrínseco de diferenciação dos dois segmentos, no elemento coação estaria o critério extrínseco. Quando o fato apresentar maior gravidade, e por isso a norma correspondente deve ser assegurada coercitivamente, o âmbito será do Direito. Na hipótese contrária, tratar-se-á tão somente de norma moral em sentido estrito.⁵⁸

José Mendes concebeu o Direito como fenômeno dinâmico, que evoluiu *pari passu* com o desenvolvimento do indivíduo e da sociedade. Embora tal característica, haveria um conjunto de regras jurídicas invariáveis no tempo e no espaço, “porque também existem necessidades comuns, sentidas por todos os povos em todos os lugares”.⁵⁹

149.3. João Arruda. Nomeado, inicialmente, em 1906, para professor substituto da primeira seção da Academia de São Paulo, que englobava as disciplinas Filosofia do Direito e Direito Romano, após concurso em que José Mendes obteve o segundo lugar, João Brás de Oliveira Arruda (1861-1943) assumiu a cátedra em 1910 sucedendo a João Pedro da Veiga Filho, que lecionara apenas durante dois anos, em substituição ao catedrático Pedro Lessa. A sua obra **Filosofia do Direito**, em dois volumes, é um registro do curso que ministrava. Em carta endereçada à direção da Faculdade, em 1941, considerando que o livro reunia preleções, reconheceu que os direitos autorais pertenciam à instituição. Embora expressando a ciência, o livro não foi preparado de acordo com os métodos de elaboração científica. O estilo é simples, comunicativo, espontâneo. Tem-se a impressão de que o texto foi taquigrafado e revisado, mas nenhuma nota, contudo, registra tal circunstância. Declaradamente filiado à escola de Spencer,⁶⁰ João Arruda foi influenciado, ainda, pelo pensamento de I. Vanni e de Pedro Lessa.⁶¹

A doutrina de Icílio Vanni foi amplamente referida e analisada pelo catedrático paulista. Embora evidente a sua admiração pelo jusfilósofo italiano, que, adepto do positivismo crítico, procurava conciliar o positivismo com o pensamento idealista, não concordou com a tese positivista, que negava existência ao Direito Natural. Este, todavia foi estranhamente concebido: “(...) tais exigências éticas, que deveriam ter sido postas na legislação, e que não o foram, é que nós consideramos como constituindo o Direito Natural.”⁶² O autor, na verdade, estabeleceu um verdadeiro divórcio entre as duas expressões do Direito, pois identificou o *Jus Naturae* com exigências éticas não consagradas pelo Direito Positivo. O Direito Natural se manifestaria apenas diante de erro do legislador: político ou intelectual.⁶³

Um certo ecletismo se observa no pensamento do filósofo. Embora tomasse por divisa o antigo pensamento “*Legum omnes servi simus, ut liberi esse possimus*” (Sejamos todos escravos da lei, para que possamos ser livres), cogitou das hipóteses de *resistência* e de *revolução*. A primeira se manifestaria nas relações entre o indivíduo e a sociedade; a segunda, nas relações da sociedade com o poder. O direito de revolução requeria: a) reação contra atos atentadores a princípios fundamentais da ordem social; b) probabilidade de êxito do movimento.⁶⁴

No concernente à distinção entre a Moral e o Direito, contestou Lilla, para quem a única diferença estaria no fato de a norma jurídica ser bilateral, impondo dever mas atribuindo faculdades, enquanto a Moral seria apenas unilateral, pois apenas criaria deveres. Em sua opinião, a distinção entre os dois setores da Ética não se limitaria àquele ponto, estendendo-se ao fato de que a norma jurídica é coercível, enquanto a norma moral é incoercível. Em suas reflexões sobre a matéria, acompanhando Jellineck e Wallascheck, afirmou que o Direito seria um mínimo ético: “Só devem ser exigidos pela força do Estado aqueles deveres que, pela sua importância, quando violados, trarão grande, profunda perturbação social.”⁶⁵

149.4. Miguel Reale. Não apenas sucessor de uma plêiade de jurisfilósofos, a partir de 1940, na cátedra de Filosofia do Direito da Academia de São Paulo, mas ainda legítimo herdeiro do talento de seus antecessores e da inteligência do passado, o brasileiro de São Bento do Sapucaí, Miguel Reale (1910-2006), brandiu, com vigor e sabedoria, durante quarenta anos, o seu bastão de catedrático, cômico de seu papel e de sua grave responsabilidade perante a sociedade contemporânea e a história.

Filósofo, jurista, cientista político, o universal acha-se presente em sua filosofia e experiência jurídica. Autor de numerosas obras e intelectual de múltipla vivência, o seu *atuar e fazer* seguem o rumo de seus princípios. Pode-se dizer que nada há de improviso nas manifestações de seu espírito, embora o *espontâneo* seja uma das notas de sua personalidade. *Teorizar a vida e viver a teoria na unidade indissolúvel do pensamento e da ação* é a sua máxima orientadora, definida em **O Estado Moderno** (1934) e confirmada ao longo de sua vida. Apresentando-se, em debates, na Universidade de Brasília, em 1981, interpretou a frase, esclarecendo que o pensamento deve ser canalizado para a ação, ressaltando o daquele que tenha alcançado a felicidade platônica da contemplação pura; por outro ângulo, a ação deve ser precedida de uma teorização, pois condenável o ativismo absoluto, que esvazia o mundo de sentido teórico. À interpretação autêntica, aduzimos que a máxima revela uma preocupação quanto à coerência lógica e disciplina que devem unir o pensamento à ação.⁶⁶

A produção científica de Miguel Reale exala húmus, pois não é um aglomerado de abstrações impermeáveis aos fatos históricos; resulta de cuidadosa observação do homem situado. Para ele, o pensador contemporâneo não pode “ficar alheio aos problemas de natureza existencial, de olhos fechados para a práxis”.⁶⁷ Jurista teórico, jurista prático, possui a visão completa do fenômeno histórico, o que o habilita a transitar, com liberdade, da análise de princípios e valores à crítica do sistema. Ligado sempre aos fatos de sua época, contribui permanentemente ao aperfeiçoamento de nosso ordenamento, seja por convocação, seja por incontida tendência para se manifestar sobre problemas institucionais, apontando equívocos e adiantando sugestões.

Sem olvido às valiosas contribuições do passado, nem descurando das potencialidades do presente, podemos afirmar que Miguel Reale é o *jurisfilósofo brasileiro*. **Fundamentos do Direito** (1940), **Filosofia do Direito** (1953), **Horizontes do Direito e da História** (1956), **Pluralismo e Liberdade** (1963), **Teoria Tridimensional do Direito** (1967), entre tantas outras obras, autorizam-nos a conclusão. Na condição de renomado filósofo do Direito, seu nome extrapolou os lindes de nosso país e alcançou projeção internacional, reconhecido como o principal

nome da *teoria tridimensional do Direito*.

Se até o final da década de sessenta, nos domínios do *Jus Positum*, poderia ser identificado como publicista, especialmente pela elaboração de **Revogação e Anulamento do Ato Administrativo** (1968), **Direito Administrativo** (1969), a sua condição de Coordenador da Comissão Elaboradora do Anteprojeto do Código Civil, a partir de 1969, e de redator da Exposição de Motivos, em 1975, revela-nos que *opúblico* e *o privado* se acham presentes na sua formação jurídica definitiva. A sua atenção para o conjuntural encontra-se estampada em **Da Revolução à Democracia** (1977), **Política de Ontem e de Hoje** (1978), **Por uma Constituição Brasileira** (1985), artigos e entrevistas publicados na imprensa e em conferências proferidas nas universidades e instituições brasileiras. Diferentemente de juristas-filósofos que se ensimesmam no confinamento de seus gabinetes e bibliotecas, abstraídos do concreto, vivenciando apenas os valores universais, Miguel Reale se volta também à práxis e analisa o singular, nele projetando categorias universais do saber. A sua atitude corresponde à imperiosa exigência de o intelectual contribuir para o avanço de sua época, pois injustificável é a omissão do homem de ciência, quando os problemas conjunturais clamam por novos modelos organizacionais.

A experiência intelectual de Miguel Reale inicia-se com o estudo e reflexão sobre os problemas sociais e políticos, abordados em **O Estado Moderno** (1934). A orientação neokantiana acompanhou-o até 1940, com a publicação de **Fundamentos do Direito**. O afastamento do neokantismo ocorreu por julgá-lo insuficiente à compreensão da subjetividade no campo dos valores e da história. Influenciado por Husserl, procurou superar o hiato entre o mundo do *ser* (sein) e do *dever ser* (sollen), em outras palavras, entre a *ontologia* e a *epistemologia*. Como decorrência da nova orientação, concebeu a tridimensionalidade do Direito em fórmula própria, em que os elementos *fato*, *valor* e *norma*, sem predominância e sem justaposição, se interdependem na formação do Direito. A teoria tridimensional do Direito constitui o ponto mais alto de sua elaboração científica. Sem pretender intitular-se o criador do tridimensionalismo, Miguel Reale apresentou uma versão original à teoria. Enquanto em outros autores a composição triádica do Direito se apresenta em adição, em sua fórmula os elementos fato, valor e norma se relacionam em uma dialética de complementaridade.

Relativamente ao quadro da ontologia regional, reconheceu estatuto próprio aos valores, atribuindo-lhes autonomia, faixa ontológica exclusiva. A dialética que desenvolveu é a da complementaridade que implica uma pluralidade de perspectivas, que conduzem a *sínteses abertas*, onde os elementos sociais alcançam sentido quando se relacionam e se complementam. Com ressalva, continua admitindo a dialética hegeliana, sob a condição de que os opostos, em lugar de integrarem um processo de síntese superadora, fossem considerados componentes da dialética de complementaridade.

O jurisfilósofo paulista, desde a sua adolescência, revelou interesse pela política. Posteriormente reconheceu que a dedicação a problemas filosóficos e jurídicos, entre outros, impediu-o de desenvolver questões políticas que ficaram apenas esboçadas. Essa dispersão, concentrada no estudo do homem, teria colaborado para uma compreensão mais ampla da pessoa humana e de seus problemas.⁶⁸ A sua preocupação com o *concreto*, com a experiência, o afastou de teorias utópicas. Embora atribua valor à utopia, pensa que se deve dedicar apenas àquilo que é factível, que pode transformar-se em realidade. Reale sempre procurou oferecer alternativas para os problemas institucionais do país. Embora as suas propostas não tenham sido sempre acolhidas, o fato é que diuturnamente influenciaram nossos modelos de organização.

O pensamento de Miguel Reale é uma busca permanente de conciliação entre os valores vitais. Rechaçando as concepções extremistas e radicais, não incide no ecletismo, quase sempre posição cômoda diante de dilemas

ideológicos. A cosmovisão do filósofo o impede de confundir a parte com o todo. A visão penetrante de filósofo permitiu-lhe a compreensão global do Direito e do Estado, reconhecendo a multiplicidade de fatores que os integram. Quanto ao Direito, rejeitou as teorias reducionistas, que identificam o fenômeno jurídico com um ou outro elemento como o fazem os eticistas, normativistas e os adeptos do sociologismo. Relativamente ao Estado, este não se formaria apenas com o elemento jurídico, pois avulta a importância do homem em seu conceito. Afastando a possibilidade de o Estado ser dirigido por técnicos, exaltou a importância dos partidos políticos. Dever-se-ia afastar a influência do clientelismo, substituindo-a pelo maior prestígio dos líderes sociais.

A democracia social, que se funda no princípio da liberdade e se apresenta como solução pluralista, sem confundir-se com o liberalismo clássico, de quem absorve valores e os supera, é o regime que preconiza. No Estado organizado sob o seu modelo, valoriza-se o trabalho e alcança-se o Estado de Direito, que pressupõe a justiça social.

Distinguindo *revolução* de *golpe de Estado*, acena a possibilidade de a primeira legitimar-se, *a posteriori*, ao ato de força. Assim, as revoluções não pressupõem o prévio amadurecimento de uma ideia de Direito e de justiça. Após a sua eclosão, as lideranças podem interpretar o que apenas fora vagamente intuído no momento de ruptura da ordem jurídica.⁶⁹

O Estado contemporâneo, intervencionista e empresarial, na medida em que amplia a sua interferência na atividade individual ou coletiva, cria entes autônomos, com atribuições próprias, provocando uma perda de comando da administração direta. Os organismos paraestatais – autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista – geram o que denomina por *duplo do Estado*. De um lado, há o Estado organizado nos moldes tradicionais, com sua máquina administrativa padecendo de inúmeros vícios; de outro, um Estado com modelo mais dinâmico, com pessoal técnico melhor selecionado e salários em nível de mercado. Variados interesses levam à criação de novos órgãos, em uma deturpação ao importante princípio da descentralização estatal e, em consequência, tem-se não mais o *Estado duplo*, mas sim a *duplicidade do Estado*. Em vez de se procurar solução na burocracia geral, recorre-se a soluções de emergência e o que deveria ser provisório assume caráter definitivo. Entre os órgãos da administração central e os entes paraestatais, estabelece-se um nível de tensão. Enquanto aqueles pretendem impor as suas normas de controle e fiscalização, estes se empenham em alcançar liberdade de ação.⁷⁰

Tema fundamental à compreensão da doutrina jurídico-política de Miguel Reale é a conexão entre a Ciência Política e a Ciência do Direito. Contestando a tese da formação espontânea do Direito, como produto da consciência popular ou resultado de forças sociais em conflito, independentemente da interferência do *poder*, Miguel Reale apresentou a *nomogênese jurídica*, onde demonstra que a atuação do poder é indispensável à formação da norma jurídica. Quando se vai elaborar uma lei, em face das múltiplas tendências ideológicas dos parlamentares, é natural que surjam várias propostas alternativas. Ao fim de alguma discussão e de votação, dá-se a escolha de um modelo normativo: “É nesse momento que culmina e se aperfeiçoa o ato decisório do poder.”⁷¹ Embora ressalte a importância do poder, nega-lhe a condição de quarta dimensão no Direito. O poder é apenas *elemento de conexão*, pelo qual supera-se a tensão provocada pelas pressões factuais e axiológicas.

Ainda que a norma jurídica tenha sido criada sob impulso emocional, a sua interpretação deverá ser racional. Alcançando vigência, a norma cria vida autônoma, desvinculando-se das condições em que foi gerada. O seu significado, historicamente, poderá modificar-se ainda que se mantenha inalterável a sua expressão linguística. É possível, tendo em vista os imperativos da época, variação na escala de valores sociais, que uma norma dispositiva, por exemplo, se transforme em taxativa ou cogente. A razão do Direito seria de índole axiológica e existencial e não

a razão estática de Kant. O significado futuro da norma fica na dependência das mutações a ocorrerem na práxis. Pensa Miguel Reale, entretanto, que o significado inicial da norma não desaparece inteiramente. Pelo fato de a norma jurídica não ingressar no mundo jurídico com sentido estático e definitivo, Miguel Reale julga insuficiente a teoria das fontes, que seria uma teoria retrospectiva, e propõe a sua substituição pela teoria dos modelos jurídicos, de *natureza prospectiva*, pois situa a norma como portadora de conteúdo móvel, que se refaz durante a vigência por imposição das mutações sociais, enriquecedoras de sua experiência. O *modelo jurídico*, que pode ser uma norma ou um conjunto de normas, expressa uma unidade de fins. Caracteriza-se pela previsão de uma “ordem de competências” ou de “ordem de conduta”.

O Direito Positivo foi concebido como “a ordenação bilateral atributiva das relações sociais, na medida do bem comum”.⁷² A diferença específica da definição situa-se na estrutura imperativo-atributiva do ordenamento, característica esta que confere ao Direito, e tão somente a ele, o poder de exigibilidade. A causa final do Direito – bem comum – consiste na harmonização do bem de cada pessoa no contexto social. Em definição analítica, o Direito seria “a ordenação heterônoma, coercível e atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos e valores”.

Relativamente ao Direito Natural, distinguiu duas formas de concepção: a transcendente e *atranscendental*. A primeira, que se liga ao tomismo, contempla o Direito Natural como algo independente e superior ao Direito Positivo. Enquanto o Direito Natural seria dotado de validade *em si e por si*, o Direito Positivo teria a sua validade subordinada e dependente. Para a teoria transcendental, o Direito Natural é admitido apenas em função da experiência. Miguel Reale concebe a existência do Direito Natural dentro de uma perspectiva histórica, acorde com a teoria transcendental. Pensa que o Direito Natural se compõe de constantes axiológicas reveladas pela história.

A par de sua dedicação à Filosofia do Direito, tanto pelo exercício da cátedra universitária quanto na produção de numerosas obras, Miguel Reale deu uma grande contribuição ao ordenamento jurídico pátrio, como já assinalado ao exercer as funções de Coordenador-geral da Comissão Elaboradora do Anteprojeto de Código Civil, aprovado pela Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

149.5. Goffredo Telles Júnior. Antigo catedrático de Introdução à Ciência do Direito da Academia de Direito de São Paulo, Goffredo Telles Júnior (1915-2009), de raiz escolástica e formação jusnaturalista, é autor de importantes obras na área da Filosofia do Direito, como **A Definição do Direito** (1940), **A Criação do Direito** (1953), **Filosofia do Direito** (1965), **Direito Quântico** (1971), que primam pela consistência lógica, clareza de ideias e elegância de estilo. É autor da famosa *Carta aos Brasileiros*, de conteúdo político e filosófico, lida no “território livre” da Academia, em comemoração ao sesquicentenário da criação dos cursos jurídicos no Brasil, em 1977. Proclamou, naquele documento, que toda lei é obviamente legal, mas nem toda é legítima, apenas as que dimanam de *fonte legítima*. Distinguiu fonte legítima primária, cuja instância é o povo, da secundária, representada pelo legislador. Este assume a condição de fonte legitimadora enquanto representante autorizado do povo. A fonte primária, portanto, seria legitimadora também da secundária. Legítima seria a lei elaborada segundo o processo escolhido pelos representantes do povo; ilegítima, a que é imposta, que não tem raízes no povo.

Denominando-o por Direito Quântico, o Direito Natural não se confundiria com os princípios de moralidade uma vez que esses não constituem normas. O Direito Natural é conjunto de normas autorizantes. Assim, a afirmação de que “o homem deve ser justo” não constitui Direito Natural, porque não é autorizante, não é norma, mas apenas moral social. A promulgação é fator indispensável à norma jurídica e condição para que a norma seja autorizante. Promulgação, não no sentido técnico, mas no de *norma oficializada pela inteligência governante*,

não necessariamente de órgãos do Estado, mas também da diretoria da associação, chefia de agrupamento social ou ainda da coletividade como um todo. Nomeou o Direito Natural por Quântico, “porque é o Direito reclamado pelas estruturas dos elementos quânticos, nas células dos componentes de uma população”.⁷³

As leis humanas, como as da sociedade cósmica, são leis de probabilidade. Se a Física não indica quais os elétrons que farão um determinado percurso, mas indica a quantidade que desenvolverá a trajetória, a ciência do Direito não aponta o indivíduo que agirá de determinada maneira, mas dirá que o indivíduo ou determinado grupo tem mais probabilidade de proceder de modo *X* do que da forma *Y*.⁷⁴

Ao desenvolver o estudo da norma jurídica, nega à coação a condição de elemento essencial. Para que algo seja essencial há de ser imprescindível, necessário, não contingente. Considerando que a coação nem sempre acompanha o Direito, conclui que não pode ser essencial. O mundo do Direito seria o da *atributividade*, que é elemento necessário à norma jurídica. Esta atribui faculdade ao lesado de exigir a reparação do mal.⁷⁵

149.6. Renato Cirell Czerna. Em concurso realizado em 1982, na Universidade de São Paulo, ao defender a tese *O Direito e o Estado no Idealismo Germânico* Renato Cirell Czerna obteve a titularidade da disciplina Filosofia do Direito, sucedendo a Miguel Reale, aposentado em 1980. O pensamento do jurista-filósofo, antigo secretário-geral do Instituto Brasileiro de Filosofia, apresenta duas fases distintas de formação. Inicialmente desenvolveu estudos na perspectiva do idealismo italiano, com atenção especial ao idealismo historicista de Giovanni Gentili e à filosofia de Benedetto Croce. A sua mais extensa produção intelectual foi elaborada sob o influxo daquela doutrina. Professor assistente de Miguel Reale no passado, com personalidade desenvolveu uma linha própria de ideias, não obstante haja assimilado lições de seu mestre, notadamente quanto à tridimensionalidade do Direito, conforme se pode constatar em seu estudo *Criticismo Ontognoseológico e Tridimensionalidade*.⁷⁶ Posteriormente, Czerna encaminhou-se para o materialismo histórico e dialético. A sua atividade filosófica é dominada por preocupações quanto ao *concreto*, com problemas e soluções que não sejam vazios e estéreis. Nessa perspectiva de pensamento, recusou-se à pesquisa de um conceito lógico para o Direito. O problema fundamental para Czerna consiste em estabelecer as relações entre o Direito e a justiça dentro de um prisma histórico.

149.7. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Os estudos de Tércio S. Ferraz Júnior (1941), especialmente os que envolvem o Direito e a teoria da linguagem, constituem importante contribuição à Semiótica Jurídica. Nesta área específica, o autor, ex-professor titular de Introdução ao Estudo do Direito da Universidade de São Paulo, visa a oferecer um esquema do discurso jurídico à luz da *pragmática*. Entre outros livros, é autor de **Direito, Retórica e Comunicação** (1973), **A Ciência do Direito** (1977), **Introdução ao Estudo do Direito** (1988).

Na perspectiva do pensamento de seu mestre Theodor Viehweg, Tércio Sampaio Ferraz Jr. distingue as perspectivas *zetética* e *dogmática* no estudo do Direito. Enquanto a Zetética é uma busca no universo do saber onde as questões são infinitas, a Dogmática é conclusiva, pois *ensina, doutrina*, e as questões são finitas. A Zetética não lida com as leis, não pretende dizer o Direito que se acha posto. Seu enfoque são disciplinas não jurídicas, mas que apresentam substrato relevante para a compreensão do Direito, como a Sociologia, a Antropologia, a Psicologia, a Filosofia, a Ciência Política, entre outras. Esclarece Tércio que “o *enfoque zetético* visa a saber o que é uma coisa, já o *enfoque dogmático* se preocupa em possibilitar uma decisão e orientar a ação”.⁷⁷

A investigação zetética pode limitar-se ao âmbito da experiência (Zetética Empírica) ou ir além desta esfera alcançando outros níveis, como o da lógica, da gnoseologia, da metafísica (Zetética Analítica). Tanto a Zetética

Empírica quanto a Analítica se subdividem em duas classes: a *pura* e a *aplicada*. A Zetética Pura possui um sentido estritamente especulativo, isto é, não tem por mira o encaminhamento de soluções para certos questionamentos. Já a Zetética Aplicada oferece um suporte para a decisão diante de problemas: “*os resultados da investigação podem ser aplicados no aperfeiçoamento de técnicas de solução de conflitos*”.⁷⁸

Para o eminente jurista-filósofo as instituições de ensino jurídico devem cultivar a *visão dogmática*, mas tal opção não significa desinteresse pela Zetética. Ao desenvolver a pesquisa do Direito Positivo, a análise não deve ser dogmática, mas zetética. Em outras palavras, o estudo da ordem jurídica deve ser crítico, fundado no conhecimento que vai além das leis e se acha situado nas ciências que estudam a pessoa natural e a sociedade.

149.8. José Pedro Galvão de Souza. Adotando a filosofia jusnaturalista, José Pedro Galvão de Souza (1912-1992) é autor de **Direito Natural, Direito Positivo e Estado de Direito** (1977), onde, em preciosa síntese, sustenta a tese de que o verdadeiro Estado de Direito pressupõe o Direito Natural. Em 1970, também na esfera jusfilosófica, publicou **A Historicidade do Direito e a Elaboração Legislativa**. Escreveu numerosas obras na área de Teoria do Estado. A sua maior contribuição às ciências sociais foi o **Dicionário de Política** (1998), em coautoria com Clóvis Lema Garcia e José Fraga Teixeira de Carvalho. Ao falecer, a obra, que estava em elaboração havia doze anos, se encontrava em fase de revisão. José Pedro Galvão de Souza foi professor catedrático de Teoria Geral do Estado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e professor visitante de Filosofia Política na Faculdade Livre de Filosofia Comparada de Paris. Membro de diversas instituições científicas nacionais e estrangeiras, fundou o Centro de Estudos de Direito Natural que, atualmente, leva o seu nome.

149.9. Aloysio Ferraz Pereira. Antigo livre-docente de Filosofia do Direito da Academia de São Paulo Aloysio Ferraz Pereira (1922-2010) possui algumas obras publicadas, entre as quais **História da Filosofia do Direito das Origens a Aristóteles** (1980), **O Direito como Ciência** (1980), **Les Limites de la Connaissance** (1980). Ferraz Pereira é nome que se projetou, com talento e cultura, no cenário brasileiro. A sua filosofia revela afinidades com a ideologia marxista, como se depreende na leitura de sua obra, da qual extraímos o trecho: “... *O Estado é o mecanismo tecno-burocrático e policial-militar, que dá à classe proprietária os aparelhos e instrumentos que asseguram a continuidade de sua dominação e exploração sobre a classe não proprietária.*” O controle e a repressão se exerceriam pela imprensa, educação, instrução, moral social, Direito, política de salários e preços, entre outros meios.⁷⁹

149.10. Wilson de Souza Campos Batalha. Jurista teórico e prático, Wilson de Souza Campos Batalha, com obras em diversificadas áreas do Direito Privado, revela o seu pendor filosófico, especialmente em **Diretrizes de Filosofia Jurídica** (1951), onde, a exemplo de Paulo Dourado de Gusmão em **O pensamento Jurídico Contemporâneo** (1953), analisou as principais correntes filosóficas no Direito e a doutrina de seus corifeus. Escreveu, ainda, no âmbito da teoria do Direito, as obras **Introdução ao Estudo do Direito** (1981) e **Teoria Geral do Direito** (1982). Em sua visão culturalista, expõe que “*o Direito é uma realidade que se refere ao valor do justo, uma realidade referida aos valores de justiça, de segurança e de bem comum*”. O eminente autor distingue *conceito* de *ideia* do Direito. O primeiro é objeto da *ontologia jurídica* (*ser do Direito*) e *gnoseologia jurídica* (*conhecimento do Direito*), enquanto a *ideia* do Direito se volta para a *axiologia jurídica* e estuda o *dever ser*, ou seja, os valores jurídicos.⁸⁰ Entendemos não ser possível dizer em que consiste o Direito sem uma tomada de posição, concomitante, sobre os valores jurídicos, ou seja, se estes são essenciais ou não ao *ser do*

Direito. Wilson de Souza Campos Batalha é autor de diversas obras nas áreas de Teoria e Filosofia do Direito, além de muitas outras sobre o Direito Positivo, como as dedicadas ao Direito do Trabalho, Direito Internacional Privado, Lei das Sociedades Anônimas e Lei de Registros Públicos.

149.11. André Franco Montoro. Antigo professor da Universidade de São Paulo e da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, André Franco Montoro (1916-1999), além de uma **Introdução à Ciência do Direito** (1968), em dois volumes, escreveu **Estudos de Filosofia do Direito** (1981), onde se destaca a sua contribuição ao conhecimento da estrutura lógica das normas jurídicas. Em sua opinião, tanto a teoria de Kelser quanto a de Carlos Cossio são insuficientes para revelar integralmente a norma jurídica, pois o ordenamento jurídico não possui apenas sanções repressivas, mas também as premiais.

O Direito Positivo para Franco Montoro é o *“conjunto de normas elaboradas por uma sociedade determinada, para reger sua vida interna, com a proteção da força social”*, enquanto o Direito Natural *“é constituído pelos princípios que servem de fundamento ao Direito Positivo”*.⁸¹ Embora na definição do *Jus Positum* não haja menção aos valores, Franco Montoro realça a importância da justiça na vida do Direito: *“A justiça está presente na elaboração da lei, na sua interpretação e na sua aplicação.”* O jusfilósofo atribui aos juristas importante papel na prevalência da justiça nas relações sociais, pois rejeita *“o papel que se pretende impor ao jurista: o de instrumento pretensamente ‘neutro’ destinado à defesa de um sistema de interesses estabelecidos”*.⁸²

149.12. José Cretella Júnior. A vocação publicista de José Cretella Júnior não o impediu de produzir obras didáticas na área da teoria do Direito. O seu pendor filosófico revelou-se quando estudante, ao elaborar trabalhos acadêmicos, que lhe valeram o prêmio “João Arruda”, com um deles – Doutrinas Interpretativas do Fenômeno Jurídico – sendo selecionado por Miguel Reale, juntamente com outros cinco de autores diversos, para integrar o volume número dois da coleção **Direito e Cultura**, da USP, em 1951. Cretella Júnior é autor de **Filosofia do Direito** (1977) e de **Introdução ao Estudo do Direito** (1984), além de numerosas obras no campo do Direito Positivo.

149.13. Celso Lafer. Com formação inicial na área de Direito Internacional Público, Celso Lafer é autor de diversos estudos e obras de cunho jurídico-filosófico, como **Direito e Poder**, tema abordado na perspectiva do pensamento de Miguel Reale. Na esfera filosófica, entre outros trabalhos, escreveu **Hannah Arendt, Pensamento, Persuasão e Poder**. Sua obra principal e mais conhecida é **A Reconstrução dos Direitos Humanos** – Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt (1988), tese com a qual concorreu e obteve a titularidade na disciplina Filosofia do Direito, sucedendo a Miguel Reale na Universidade de São Paulo.

O Direito Natural, formado por princípios imutáveis e universais, constituiu o grande paradigma clássico da reflexão metajurídica, pelo qual se avaliavam as condutas como boas ou más. Dada a crescente *secularização, sistematização, positivação e historicização* do Direito, o *Jus Naturae* deixou de ser a grande referência do raciocínio metajurídico, ao final do século XVIII. O novo paradigma – a Filosofia do Direito – não seria uma crença; mas uma ideia *“a que se chegou pelo esforço pessoal e individualizado dos jusfilósofos”*.⁸³ A troca de paradigma correspondeu à mudança na compreensão do Direito. Este deixou de ser considerado um produto da razão comum, pelo qual se qualificam as condutas como boas ou más, para ser entendido como ordenamento posto e positivado pelo poder, variável no tempo e no espaço, o qual distingue o lícito do ilícito e prevê a sanção como

garantia da governabilidade.

Houve a troca de paradigma, mas a ideia do Direito Natural não morreu, pois coube ao *jusnaturalismo moderno* a elaboração do pensamento em torno dos direitos inatos. Como a configuração destes direitos evoluiu a partir do século XVIII, na opinião de Celso Lafer a mudança não decorreu do *jusnaturalismo moderno*, mas da lógica do razoável.⁸⁴

Com o novo paradigma os juristas-filósofos foram definindo os campos de investigação, os quais se inserem na lógica do razoável. O primeiro a ser cogitado foi o *metodológico*, pelo qual se definiram os procedimentos cognitivos adequados à interpretação, integração e conciliação de normas jurídicas antinômicas. O segundo foi o da *validade formal da norma*. Dado o crescimento e complexidade das normas estas deixaram de ser identificadas por seu conteúdo. A definição do Direito passou a ser feita pela *forma*, ou seja, por categorias ditadas pelo próprio sistema. O terceiro campo de investigação da Filosofia do Direito foi o da *efetividade das normas*, que se alcança pelo cumprimento por seus destinatários. O último diz respeito à *justiça da norma*, pois a prática revelou a impossibilidade de se identificar a justiça com a lei. A lógica do razoável, tão enaltecida por Recaséns Siches, se impõe como aplicativo indispensável em todos os campos de investigação da Filosofia do Direito.

149.14. Paulo Jorge de Lima. Importante contribuição à divulgação do pensamento jurídico-filosófico é apresentada por Paulo Jorge de Lima, antigo juiz do trabalho no Estado de São Paulo, com o seu **Dicionário de Filosofia do Direito** (1968). Rico em informações sobre autores e escolas filosóficas, a obra é vazada em estilo sóbrio e uniforme, linguagem clara e concisa. Embora apresente lacunas, o Dicionário possui estrutura suficiente para ser aprimorado.

149.15. Teófilo Cavalcanti Filho. No ambiente cultural do Instituto Brasileiro de Filosofia, de cuja revista foi colaborador constante, Teófilo Cavalcanti Filho é autor de uma tese sobre **A Segurança do Direito** (1964) e de **Teoria do Direito** (1976), entre outras obras. Aliando o seu poder de reflexão ao saber prático, haurido este em diversos misteres profissionais, como a advocacia e a magistratura castrense, o autor se situa bem tanto em estudos de elevado teor abstrato, como em voos rasantes, quando, por exemplo, investiga a prática judiciária pela ótica da teoria geral ou desenvolve o tema *Pressupostos Filosófico-Jurídicos da Revisão Constitucional*. Foi o organizador e apresentador da obra coletiva **Estudos em Homenagem a Miguel Reale** (1977).

149.16. Irineu Strenger. Participando da fase áurea da Filosofia do Direito na Universidade de São Paulo, Irineu Strenger produziu vários trabalhos na matéria, destacando-se a tese **Da Dogmática Jurídica**, cujo subtítulo é *Contribuição do Conselheiro Ribas à Dogmática do Direito Civil Brasileiro* (1964), com a qual apresentou-se no concurso para a livre-docência. Na obra, a preocupação maior do escritor foi a de revelar a contribuição daquele jurista à sistematização do Direito Civil pátrio e a divulgação que fez, em nosso meio, de importantes doutrinas europeias.

150. O SÉCULO XX E A FILOSOFIA DO DIREITO NO RIO DE JANEIRO

150.1. Pontes de Miranda. Um dos juristas brasileiros de maior expressão no século XX e, seguramente, o de mais extensa produção científica, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (1892-1979), natural de Alagoas e diplomado pela Faculdade de Direito do Recife (1911), é nome que se credencia na Filosofia Jurídica, especialmente por sua obra **Sistema de Ciência Positiva do Direito**, publicada em 1922, com evocação e homenagem ao

centenário de nossa Independência.

Adepto de um positivismo naturalista, Pontes de Miranda não admite a metafísica, considerando que o Direito deve ser estudado de acordo com a sua realidade, como um fato entre os fatos, mediante a observação dos fatos. Conforme observa Josef Kunz,⁸⁵ “tratou o Direito como se fosse uma ciência natural, igual à Física ou à Química...” O Direito, que seria um processo de adaptação social, ao lado da Religião, Moral, Arte, Economia, Política e Ciência,⁸⁶ não se circunscrevia à espécie humana, mas à ordem universal e absoluta, presente no mundo orgânico e inorgânico, “(...) por significar apenas um sistema de relação e de conciliação, de composição de forças, ou, por outras palavras, uma expressão da lei geral de expansão e de adaptação que governa o universo.”⁸⁷

A incursão de Pontes de Miranda no setor da Filosofia foi profícua, ao escrever **O Problema Fundamental do Conhecimento** (1937), onde desenvolve uma teoria gnoseológica original. Apartando-se tanto do *idealismo*, para quem as coisas existem apenas no plano do pensamento, quanto do *realismo*, que situa o conhecimento como projeção verdadeira do real, proclamou que o saber advém das sensações e que estas constituem sempre uma abstração. A noção do ser alcança o sujeito cognoscente como abstração. Assim, conforme Luís Washington Vita,⁸⁸ “(...) os sentidos não nos dão a realidade total do mundo, mas apenas aquilo que do mundo nos excita”.

Em sua análise sobre valores jurídicos, rejeitou a justiça abstrata e vaga do racionalismo e a transcendental das teocracias. A justiça, que teria por conteúdo a liberdade, cultura, felicidade relativa,⁸⁹ deveria ser “concreta, social, verificável e conferível como fato; a justiça que se prove com os números das estatísticas e com as realidades da vida”. Para se alcançar tal justiça, o caminho seria o das verdades científicas. Ao apreciar o conceito de segurança jurídica, embora revele, inicialmente, uma posição eticista, ao considerar insatisfatória a permanência da regra jurídica, pois tal estabilidade, muitas vezes, é injusta, Pontes de Miranda apresentou dois requisitos para se chegar àquele valor: a) a vigência de determinado sistema jurídico; b) a convicção de que o ordenamento será aplicado concretamente. Referindo-se aos sistemas jurídicos de Direito escrito e costumeiro, reputou por duvidosas as vantagens do Direito codificado, do ponto de vista da segurança jurídica. O Direito escrito, quando reúne excesso de leis, conduz à “confusão das consciências e das atividades”.⁹⁰ Quanto à presença dos valores justiça e segurança no Direito, Pontes de Miranda, não obstante não tenha posto em análise o problema do conflito entre ambos e indicado a solução, enunciou a fórmula ideal de sua presença no ordenamento: “O conteúdo da segurança do Direito e bem assim o da justiça devem adaptar-se um ao outro: não podem ferir-se mutuamente, desmentir-se, anular-se.”

Considerando que a orientação científica do Direito constitui o problema mais interessante para a vida prática dos povos, Pontes de Miranda adverte quanto à importância de três posições: a) na organização judiciária devem imperar dois princípios fundamentais. Um deles dispõe que as questões submetidas ao juízo devem obter soluções. Tal princípio é universalmente aceito, pois é vedado ao juiz abster-se de decidir, sob a alegação de que a lei é omissa ou contém ambiguidades. O segundo princípio induz à observância da lei, que deve ser a única referência de quem decide. Certamente o jurista atribui à lei, nesta passagem, um sentido amplíssimo, para alcançar não apenas o Direito escrito, mas ainda as normas consuetudinárias; b) observa o autor que, se houver lacunas na ordem jurídica, o julgador não terá condições de decidir, uma vez que deverá manter-se sempre adstrito à lei; c) ocorrendo tal hipótese, a fórmula mais acertada será a de se utilizar o método científico.

A analogia jurídica ou legal, bem como os princípios gerais de Direito, seriam insuficientes ao preenchimento de lacunas. O caminho seria o de recorrer à *revelação do Direito*. Com esta, a solução seria extraída das *relações sociais* e destas, em um processo científico, poder-se-iam alcançar as regras jurídicas. Tal fórmula não apresentaria riscos de arbitrariedade, uma vez que o juiz não teria liberdade para criar subjetivamente as normas, pois “revelam-

se regras como se descobrem leis físicas”.⁹¹ Verifica-se que o pensamento de Pontes de Miranda se aproxima da teoria da *livre investigação científica do Direito*, de F. Géný, com a circunstância de que o autor não se referiu às concepções do jurista francês. Para ele o Direito poderia ser criado, sem incompatibilidade, pelos três Poderes, pois “cada um utiliza, em momento diferente, com estudada sucessividade, o mesmo processo de revelação científica da norma”. A tarefa da revelação do Direito, de índole democrática, seria possível em face da *acessibilidade da ciência*. Com o enunciado da revelação científica, melhor se harmonizaria com as ideias veiculadas, se o autor, em vez de referir-se à criação do Direito, adotasse a expressão *revelação do Direito*. Se as normas jurídicas se revelam do mesmo modo que se descobrem leis físicas, evidentemente o verbo *criar* se torna impróprio como referência ao processo de aparecimento das regras de Direito.

Além de **Sistema de Ciência Positiva do Direito** livro eminentemente de cunho filosófico, o jurista produziu nas áreas de Sociologia, Política e Dogmática Jurídica. Neste último campo, destacam-se as obras de análise às Constituições brasileiras de 1934, 1937, 1946 e 1967, de comentários aos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 além de seu monumental **Tratado de Direito Privado**, em sessenta volumes. Tantas e tão diversificadas obras, visão enciclopédica do Direito e espírito penetrante, dão-nos a convicção de que Pontes de Miranda foi um gênio do Direito universal; fenômeno extraordinário a suscitar interrogações quanto ao limite da capacidade humana em abarcar a cultura universal do Direito e de repro-duzi-la em livros. Quanto ao estilo de suas obras, damos a palavra ao jurista Paulo Roberto de Gouvêa Medina, publicista de escol e atento observador às formas de expressão do pensamento jurídico: “A propósito, não há mal em dizer que Pontes de Miranda não foi jamais um estilista. Ao contrário, não havia beleza literária no que escrevia. Seu estilo era, por vezes, intrincado e árido. Mas sempre preciso. Tão preciso como a exatidão matemática que procurava imprimir à classificação das sentenças, mediante atribuição de pesos aos seus conteúdos...”⁹²

150.2. Francisco Campos. Avulta de significado a compreensão do pensamento jurídico-filosófico do jurista Francisco Campos, mineiro que, a exemplo de Pontes de Miranda, produziu fecundamente no Rio de Janeiro. Na área da Jusfilosofia, escreveu **Introdução Crítica à Philosophia do Direito**, publicada em 1918. A importância de seu nome no cenário jurídico brasileiro se destaca à vista de sua marcante influência em alguns momentos decisivos de nossa vida política. Adotando uma filosofia de cunho naturalístico-positivista, atribuiu à Filosofia do Direito uma função exclusivamente fenomenológica. Se as várias ciências que estudam o Direito o fazem descritivamente, a generalização dos resultados deve ser uma elaboração crítica da Filosofia do Direito. Do objeto desta, excluiu a função deontológica, a qual seria absorvida pela fenomenológica, pois o *dever-ser* integra a realidade e constitui, como tendência, um *começo de realização*.⁹³ O antigo catedrático de Filosofia do Direito da Faculdade Nacional de Direito foi autor, ainda, de **O Estado Nacional** (1940) e mentor da constituição autoritária de 1937 e do Ato Institucional n. 1, de 1964.

150.3. Hermes Lima. A obra fundamental de Hermes Lima, antigo catedrático da Faculdade Nacional de Direito e seu ex-diretor, é de feição didática – **Introdução à Ciência do Direito** – vinda a lume dois anos após a criação, pela Reforma Francisco Campos (1931), da disciplina de igual nome. O contato com o pensamento filosófico do autor é significativo, principalmente pelo fato de o jurista ter influenciado na formação jurídica de várias gerações, por meio de sua *Introdução* que, de cunho filosófico e marxista, foi adotada como livro texto em quase todas as Faculdades de Direito do país, até a década de sessenta.

Apesar de ver o Direito como uma superestrutura ideológica da estrutura econômica, entendia que, além de

condicionado, o Direito passava, depois, a exercer influência sobre a estrutura econômica. Concebeu o Direito como “conjunto de regras de organização e conduta que, consagradas pelo Estado, se impõe coativamente, visando à disciplina da convivência social”.⁹⁴ A análise isolada da definição conduz o intérprete a apontar carência de elemento ético na compreensão do autor, em face de haver identificado a causa final do Direito com “a disciplina da convivência social”, e esta não enseja, necessariamente, a presença de valores espirituais. Considerando-se o pensamento no conjunto da obra, verifica-se que os valores segurança e justiça foram reconhecidos, uma vez que o Direito corresponde a essas duas exigências. Para a hipótese de conflito entre os dois valores, tacitamente reconheceu a prevalência da segurança, pois contestou a tese de que a eficácia do Direito Positivo depende do valor justiça. Ao elaborar o *Jus Positum*, a ideia e o sentimento de justiça já se encontram entre os componentes da ambiência social considerada pelo legislador.

Hermes Lima divisou duas faces no valor justiça: a *legal* e a *social*. A primeira seria puramente convencional, consagrada pelo legislador e da qual o juiz não poderia apartar-se, porque “no drama judiciário, o ponto de referência é a lei, não a consciência do juiz”.⁹⁵ A justiça social envolveria os problemas organizatórios de fundo e se prestaria às mudanças, como estuário de anseios e reivindicações. A justiça social não propugnaria por sentença, mas por causas. Embora não admitisse liberdade criadora para o juiz, negou-lhe a condição de autômato, de figura inerte.

A aplicação do Direito não seria possível em termos de lógica abstrata, pois a lei sempre requer interpretação.

150.4. Paulo Dourado de Gusmão. Com experiência jurídica forjada, notadamente, na perspectiva da aplicação do Direito aos casos concretos, quer na qualidade de antigo membro do Ministério Público, quer na condição de desembargador e ex-presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Paulo Dourado de Gusmão (1919-2016) exerceu, ainda, o magistério superior, ao substituir, no período de 1952 a 1954, o jurista Francisco Campos, no ensino de Filosofia do Direito, na antiga Faculdade Nacional de Direito. Se a militância profissional do jurista-filósofo se fez mais intensamente em contato com o Direito Positivo, a sua produção maior e que o projetou se processou na esfera epistemológica, especialmente com as obras **Curso de Filosofia do Direito** (1950) e **Introdução à Ciência do Direito** (1956), a qual se tornou clássica na literatura didática, tal a sua penetração nas universidades brasileiras e seu êxito editorial.

Dourado de Gusmão concebe o Direito como “sistema normativo regulador das condutas das pessoas, que seguindo um ideal de justiça, estabelece a correspondência entre as pretensões de uns e as obrigações de outros”. A diferença específica do Direito seria a *bilateralidade*, compreendida na segunda parte da definição.⁹⁶ Ao traçar o paralelo entre a Moral e o Direito, além da bilateralidade, apontou a *coercibilidade* como nota característica do fenômeno jurídico.⁹⁷ Adepto da filosofia culturalista, divisou no Direito um objeto cultural, com *substrato* e *sentido*. Com a sua atenção concentrada, possivelmente, no processo de comunicação, considerou por substrato “o papel em que está impressa a norma”, enquanto o sentido tanto poderia ser o originalmente consagrado pelo legislador, como pretendiam os *glosadores*, quanto o pensamento reinterpretado historicamente. Como todo processo cultural, o Direito realiza valores. A segurança jurídica é o alvo imediato do Direito e tal a sua importância que, na sua falta, do Direito haveria apenas a forma. O valor justiça não seria acessível ao conhecimento, não podendo, assim, ser definido. Além de critério de valoração da legalidade, seria também exigência de aperfeiçoamento do Direito Positivo.⁹⁸ Ao reconhecer a possibilidade de conflito entre os dois valores, definiu o Direito, do ponto de vista deontológico, como “a realização da segurança com o mínimo sacrifício da justiça”.⁹⁹

Quanto ao Direito Natural, o pensamento do autor sofreu variação. Inicialmente identificou o *Jus Naturae*

“com regras de conduta que estabelecem prerrogativas individuais, ditadas pela Moral”. De uma visão positivista, partiu da premissa de que, por Direito, somente se poderia admitir o que portasse a chancela do Estado. Posteriormente, em 1966, implicitamente reconheceu substância jurídica no Direito Natural, ao afirmar que não se poderia negar “a existência de um princípio moral que acima do legislador se encontra, orientando-o, julgando-o, condenando-o e dando fundamento às suas leis”.¹⁰⁰ Finalmente, em 1984, mais livremente reconheceu a sua existência: “É, enfim, o direito desarmado, que realiza a ideia do Direito mais completamente.”¹⁰¹

A contribuição de Paulo Dourado de Gusmão para o enriquecimento das letras jurídicas nacionais é incontestável. Além das obras referidas, publicou **O Pensamento Jurídico Contemporâneo** (1955), onde analisa, com percuciência e clareza, pensadores e teorias principais do século XX. A sua produção científica se estende aos domínios da Sociologia e da Ciência do Direito, especialmente com livro de Direito Constitucional e, finalmente, com o seu precioso **Dicionário de Direito de Família** (1985).

150.5. Machado Paupério. Autor de obras de teoria do Direito e de ciência política, Arthur Machado Paupério (1914-2005) se projetou no âmbito da Filosofia Jurídica, notadamente por sua **Teoria Axiológica do Direito**. Identificando o Direito como objeto cultural, situa a pessoa humana como o fim da atividade política e jurídica. Propiciando a liberdade, o Direito é meio ou instrumento para a realização de valores. O bem comum alcançado pela atuação conjunta dos valores *liberdade, justiça e segurança*, consiste, em síntese, na *vida humana digna da população*. Considerando insuficientes as sanções contra a arbitrariedade de governantes, reconhece aos governados o *direito de resistência*, que se manifesta em três direções: a) *oposição às leis injustas*, por iniciativa individual ou de grupo limitado. Injusta é a lei que se revela incompatível com a regra moral; b) *resistência à opressão*, que se exercita pela “revolta contra a violentação pelos governantes da ideia de Direito de que procede o *poder* cujas prerrogativas exercem”; c) *revolução*, fato que se desencadeia pelo propósito de se instaurar nova ordem jurídica.¹⁰² Tal postura de resistência acha-se consentânea ao jusnaturalismo que professa: “(...) enquanto o Direito Positivo representa a categoria da estabilidade, o Direito Natural representa a categoria do progresso. Se o Direito Positivo é para os estágios comuns, o Direito Natural é para as ascensões a um estágio superior...”¹⁰³ Embora revele a sua concordância com o tridimensionalismo de Reale, não comunga, em verdade, com aquele pensamento, pois dá preeminência à norma e ao valor, enquanto na concepção realeana os três elementos – fato, valor e norma – participam, sem predominância, na formação do *Jus Positum*. Entre as suas principais obras, destacam-se: **Introdução à Ciência do Direito** (1969), **O Direito Político de Resistência** (1962), **Introdução Axiológica ao Direito** (1977), **A Filosofia do Direito e do Estado e suas Maiores Correntes** (1980). Machado Paupério foi professor titular na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

150.6. Djacir Menezes. Reunindo numerosos títulos universitários, em que se incluem o de antigo titular de Filosofia do Direito e ex-reitor da Universidade Federal do Rio de Janeiro, o cearense Djacir Menezes (1907-1996) que se radicou no Rio de Janeiro, é autor de vastíssima obra científica, que abrange as áreas filosófica, sociológica, didática e literária. A sua produção jurídico-filosófica revela a influência recebida de Pontes de Miranda e do pensamento hegeliano. Adotando a linha sociologista-naturalista, situou o Direito como seção da Sociologia e classificou o fenômeno jurídico como “expressão do mais importante processo de ajustamento existente no mundo social”.¹⁰⁴ Tal ajustamento, a exemplo da doutrina de Pontes de Miranda, se consubstanciava em processo de

adaptação social. Repelindo todas as formas de ortodoxia, rejeitou a teoria marxista e erigiu a ciência e seus cultores como a instância onde os problemas humanos poderão lograr solução. As ciências jurídicas deveriam ter por base a experiência e a observação dos fatos e o seu método haveria de ser o indutivo. Entre as suas obras, destacam-se: **O Problema da Realidade Objetiva** (1972), **Hegel e a Filosofia Soviética** (1959), **Introdução à Ciência do Direito** (1934) e **Tratado de Filosofia do Direito** (1980).

150.7. Alceu Amoroso Lima. Com **Introdução ao Direito Moderno** (1932), tese de concurso à cátedra de Introdução à Ciência do Direito na Faculdade Nacional de Direito, Alceu Amoroso Lima, literariamente conhecido por Tristão de Ataíde, credenciou-se na área da Filosofia do Direito. Adepto do jusnaturalismo católico e seguidor da filosofia de Jacques Maritain, o autor pretendeu reabilitar o Direito Natural. Considerando a fase histórica do Direito, à época, analisou uma gama de fatores determinantes. A correção da anomalia pelo advento da humanização do Direito reclamava a oposição do Direito Eterno ao Direito Moderno.

150.8. Benjamin de Oliveira Filho. Também seguidor da doutrina tomista, inspirando-se principalmente nas obras de Cathrein, Leclercq, Dabin e Renard, Benjamin de Oliveira Filho, antigo catedrático de Filosofia do Direito da Universidade Federal Fluminense, além de uma substanciosa **Introdução à Ciência do Direito** (1953), escreveu **A Lei Natural como Fundamento do Direito** (1933), tese de livre-docência.

150.9. Paulino Jacques. A par de suas contribuições à doutrina constitucionalista, com obras específicas na matéria – **Curso de Direito Constitucional** e **A Constituição do Brasil Explicada** –, Paulino Jacques, antigo professor catedrático da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, é nome que se inscreve na jusfilosofia contemporânea, autor que é de diversas publicações na área, como **Do Conceito do Direito** (1964), **Da Norma Jurídica** (1963), **Curso de Introdução à Ciência do Direito** (1968). Nesta última, o autor desenvolve amplamente sobre a Filosofia do Direito, com análise de múltiplas correntes de pensamento, reunidas em dois grupos: o do *essencialismo jurídico*, que defende o primado da *essência* sobre a *existência* e o do *existencialismo jurídico*, que situa a existência em primeiro plano.

150.10. C. H. Porto Carreiro. Autor de **Notas sobre Filosofia do Direito** (1970), Porto Carreiro indica para objeto da Filosofia Jurídica, o estudo do conceito do Direito e a análise dos motivos de suas transformações. O autor considera o Direito um fenômeno histórico, não consistindo, pois, em um *ideal supremo*. Rejeita a Teoria Pura do Direito, consciente de que o fenômeno jurídico pressupõe conteúdo ideológico. Segundo relato do autor, a sua obra “*se destinava a um programa a ser aplicado ao Curso de Doutorado da Faculdade Nacional de Direito, da Universidade Federal do Rio de Janeiro*”. Porto Carreiro lecionou na Faculdade de Economia da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

150.11. Oliveiros Litrento. Com longa vivência no magistério superior, especialmente nas áreas de Filosofia do Direito e Direito Internacional Público, Oliveiros Litrento é autor de um **Curso de Filosofia do Direito** (1980), onde analisa, em uma perspectiva histórica, as principais correntes jurídico-filosóficas, além de dedicar um capítulo à Filosofia Jurídica brasileira. Advertiu para a necessidade de mútua convergência entre a Sociologia Jurídica e a Filosofia do Direito, pois a primeira aborda o fato e a segunda, o valor, “mas ambas se encontram na mesma esfera espiritual que condiciona o Direito”.¹⁰⁵ No desenvolvimento do tema, Litrento deixa entrever a admissão do tridimensionalismo jurídico: “(...) a vida social, pressupondo a *norma*, que a regulamenta, não pode prescindir do *fato*

que a origina e do *valor* que a vetoriza.”¹⁰⁶ Posteriormente, o escritor concebeu o Direito em uma fórmula pentadimensional, pois, àqueles três elementos, adiciona o *tempo* e o *espaço*.

151.A FILOSOFIA DO DIREITO EM MINAS GERAIS

151.1. Carlos Campos. Professor catedrático durante vinte e cinco anos na Universidade Federal de Minas Gerais, Carlos Campos, mineiro de Paracatu, escreveu livros na esfera *deteoria do Direito*, sobressaindo-se **Hermenêutica Tradicional e Direito Científico** (1932), sua tese de concurso, e **Sociologia e Filosofia do Direito** (1943). Professando o *naturalismo jurídico*, o filósofo influenciou-se pela doutrina de Ihering e pelas teorias psicológicas de Spranger, Bechterev e Adler, especialmente ao defender a hermenêutica clássica e formular a crítica ao método do *Direito Livre*. Em sua **Hermenêutica**, negou ao Direito uma formação puramente consciente, sob o fundamento de que as instituições humanas decorrem de atividade na qual participa o inconsciente coletivo.¹⁰⁷ Quanto ao objeto de interpretação da lei, indicou *o fim a que visa a prover*. Na exegese, o intérprete deve revelar o sentido da lei, recorrendo aos meios empregados pelo legislador em sua elaboração. Em sua obra principal, **Sociologia e Filosofia do Direito**, revelou-se partidário do sociologismo, situando os problemas de lógica jurídica como realidades sociológicas. Na palavra de Paulo C. Guimarães, Carlos Campos possuía afinidade espiritual, em nosso país, com Jackson de Figueiredo, Farias Brito, Pedro Lessa, Mendes Pimentel, Francisco Campos, entre outros pensadores.

151.2. Lydio Machado Bandeira de Mello. Autor de numerosas obras de Filosofia e apresentando sólidos conhecimentos em ciências matemáticas, Lydio Machado Bandeira de Mello, mineiro de Abaeté, foi professor de Filosofia do Direito no curso de doutorado da Universidade Federal de Minas Gerais, instituição onde lecionou, ainda Direito Penal e Direito Penal Comparado. Em edição própria e mimeografada, publicou **Filosofia do Direito** (1957), com subtítulo *Meditações sobre o Direito e origem das leis*. A obra revela uma tentativa de conciliação do racional com o religioso. Este, porém, não é colocado dogmaticamente; aflora, em ascensão racional. Identificando a Filosofia com *o exercício da razão*, atribuiu-lhe, como problema fundamental, o da existência de *Deus*. Enquanto a *Ciência* consistia no estudo do Universo por intermédio dos sentidos, a *Filosofia* investigaria o mesmo objeto com a razão. O Direito, que seria uma ciência normativa ao lado da Estética, Moral e a Lógica, teria por problema básico *a existência da liberdade humana* e, por fim, do ponto de vista científico, *a natureza humana*; do ponto de vista metafísico, *a vontade criadora de Deus*. A Filosofia do Direito foi apresentada como o “estudo da natureza, da origem, da finalidade, do desenvolvimento, evolução e da racionalização e humanização do Direito”. Na sua opinião, a Filosofia do Direito comportava apenas duas filosofias: a que afirma e a que nega o Direito Natural. Este foi definido como “a determinação das regras de conduta social que inferimos do estudo da natureza e da finalidade do Homem sobre a Terra”.¹⁰⁸

A Filosofia teria por finalidade prática a construção do Direito Positivo. Sem ela, este se transformaria em criação arbitrária. Adepto do Direito Natural, com veemência abomina a teoria pura de Kelsen, a quem reputou como “o mais afamado e o mais prejudicial dos juristas contemporâneos”.¹⁰⁹ Os regimes totalitários, tirânicos e as ditaduras encontram justificação no kelsenismo.

151.3. Edgar Godói da Mata-Machado. A produção científica do antigo mestre da Universidade Federal de Minas Gerais, Edgar Godói da Mata-Machado, apresenta valiosos subsídios à doutrina jurisfilosófica, especialmente

por suas monografias **Direito e Coerção** (1957) e **Contribuição ao Personalismo Jurídico** (1954). Na primeira – tese com a qual obteve a láurea de catedrático de Introdução à Ciência do Direito –, o autor, que possui formação católica e se revela seguidor da filosofia tomista, firma o seu pensamento, na matéria, em quatro princípios fundamentais: 1º) nem por seu conteúdo, nem pelo modo como se exprime, o Direito é definido pela coerção; 2º) o conhecimento do Direito não decorre do ato coativo estatal; 3º) apenas para efetivar-se o Direito requer, eventualmente, o emprego da coerção física, pois, enquanto valor, só coage moralmente; 4º) a coerção jurídica não é negada, mas justificada. Em **Contribuição ao Personalismo Jurídico**, onde projeta a sua preocupação humanista, em grande síntese, atribui à Ciência do Direito, com apoio da Filosofia e Sociologia, a missão de “demonstrar a compatibilidade entre os novos e os velhos direitos do homem”; “estabelecer as bases normativas da coexistência dos velhos e dos novos direitos sob uma mesma construção jurídica”; “assentar os alicerces doutrinários sobre que se tenham de edificar as novas construções jurídicas”.¹¹⁰

Em sua obra didática, **Elementos de Teoria Geral do Direito**, com subtítulo de **Introdução à ciência do direito** (1972), o Direito Natural foi concebido como *debitum*, algo devido ao homem por sua condição humana, pois “há coisas que se devem ao homem por corresponderem às exigências concretas de sua natureza”.¹¹¹ Entre os direitos naturais estariam: a vida, a união dos seres para a formação da prole, a educação dos filhos, o acesso aos bens da cultura, aperfeiçoamento intelectual e moral do ser humano, a liberdade. O Direito Positivo, que se funda no *Jus Naturae*, é o *debitum* reconhecido e criado pela sociedade, por intermédio do Estado. Tanto o Direito Natural quanto o *Jus Positum* se fundam, em última análise, naquilo “que é devido ao homem”. Enquanto o Direito Natural como ciência, implicaria o estudo das regras de Direito quanto ao *debitum* natural, o Direito Positivo, também por seu aspecto científico, analisaria as regras relativas ao *debitum* da sociedade e do Estado.

152 . O NORDESTE BRASILEIRO E O PENSAMENTO JURÍDICO-FILOSOFICO CONTEMPORÂNEO

152.1. Machado Netto. Um dos grandes talentos brasileiros a pontificar na esfera das ciências sociais, no terceiro quartel do século XX, A. L. Machado Netto (1930-1977) foi um mestre exemplar de Sociologia e de Filosofia do Direito, que soube associar o magistério à pesquisa científica, servindo, ao mesmo tempo, aos seus discípulos, com a vibração de seu espírito diante dos múltiplos valores da cultura, e à ciência, com a revelação do saber em quase trinta obras publicadas. Possuindo formação exclusivamente teórica, pois não se dedicava aos problemas de aplicação do Direito, chegou a declarar, perante a banca que o examinava em memorável concurso para professor titular, em 1974, na Bahia, que não era jurista prático por uma questão de vocação, circunstância esta que poderia, por vezes, “trazer também algumas vantagens, como o distanciamento necessário para observar o objeto”.¹¹²

Machado Netto foi um dos organizadores, em 1962, do curso jurídico da Universidade de Brasília, onde permaneceu até 1965, quando foi impelido a renunciar o seu cargo, em meio à crise que atingiu a instituição, oriunda do momento político por que passava o país. Entre as principais obras do autor, na área do Direito, destaca-se o **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, além de **Sociologia Jurídica** e **História das Ideias Jurídicas no Brasil**, esta última, especialmente, uma valiosa contribuição à história do Direito brasileiro e reveladora de sua propensão à pesquisa histórica. Uma das provas de como era estimado e do reconhecimento por sua produção científica, é a publicação, em 1979, em homenagem à sua memória, de uma coletânea de estudos e

registros relacionados ao professor falecido, pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia. Colaboraram naquela edição eminentes nomes da ciência, como Carlos Cossio, Miguel Reak Julián Marías.

No início de sua formação, Machado Netto acompanhou a filosofia de Farias Brito, seu primeiro mestre. Inclinou-se, também, para as doutrinas de Karl Marx e Mannheim, a cujo pensamento dedicou um livro, intitulado **Dois Aspectos da Sociologia do Conhecimento – Marx e Mannheim**, considerada a primeira obra de Sociologia do Conhecimento escrita em nossa língua. Influências definitivas, contudo, foram as de Ortega y Gasset e Recaséns Siches, com a *teoria do raciovitalismo*, Carlos Cossio, autor da **Teoria Ecológica do Direito**, e Husserl, por sua *fenomenologia*.

A contribuição machadiana à teoria do conhecimento foi importante, notadamente por sua obra **Formação e Temática da Sociologia do Conhecimento**, cujo objeto de estudo secciona em três perspectivas: a) *Sociologia do homem de conhecimento*, momento em que se estuda o sujeito cognoscente devidamente situado; b) *Sociologia da obra de conhecimento*, quando a atenção do sociólogo se volta para o produto cultural, anotando as suas vinculações com o ambiente social; c) *Sociologia da vigência intelectual*, momento em que se considera o ambiente intelectual que a todos envolve.

Na área de nossa disciplina, Machado Netto foi o principal nome do egologismo jurídico em nosso país seguindo a linha doutrinária do criador da teoria, o argentino Carlos Cossio. Na palavra de seu filho Carlos F. T. Machado, o trabalho fundamental do jurista-filósofo baiano consistiu na demonstração da instrumentalidade da teoria egológica, da qual afirmava que não se tratava de uma filosofia do

Direito, mas a Filosofia do Direito. O objetivo epistemológico da teoria egológica, escreveu Machado Neto, era “proporcionar ao jurista o uso dos instrumentos mentais que o capacitem ao melhor tratamento do Direito Positivo”.¹¹³ A exemplo de Recaséns Siches, na trilha do *raciovitalismo*, situou o Direito como objeto cultural, como “vida humana objetivada”.

O fator econômico foi apontado como o de maior influência na elaboração do Direito.¹¹⁴ A concepção materialista da história foi censurada, pois “excessivamente simplista, insuficiente para uma cabal tematização da história”. Além do econômico, outros fatores, como o religioso, o doméstico, o político, seriam conformadores da juridicidade. Analisando o problema da gênese do Direito sob o ponto de vista sociológico, adotou a *teoria do mínimo ético*, exposta por Jellinek e seguida pelos adeptos da *teoria dos círculos concêntricos*, de Bentham. O jurisfilósofo brasileiro entendia que a exigência moral, uma vez considerada imprescindível à vida e ao equilíbrio da sociedade, recebia o dispositivo da sanção organizada. A norma deixava a condição exclusivamente moral e se transformava em *Jus Positum*.

Relativamente ao ordenamento jurídico, pensava que havia a necessidade absoluta, para que se pudesse falar em ordem ou em sistema jurídico, de que as normas não fossem consideradas isoladamente, mas em seu conjunto. A relação entre as normas se dava por fundamentação e derivação. A validade de uma norma se fundava na existência de uma outra, hierarquicamente superior. O *decisum* seria válido na medida em que se baseava na lei material e na formal. Na esteira de Hans Kelsen, concebeu o ordenamento jurídico nos moldes de uma pirâmide hierarquizada, em que as normas mais gerais se localizavam na parte superior e as mais individualizadas, como as sentenças e os contratos, na inferior. Cada uma das normas se fundamentaria na de escalão superior, à qual deveria conformar-se. Machado Netto adotou ainda a solução aventada por Kelsen, na derivação da primeira constituição, consubstanciada na *norma fundamental*, que deveria ser aceita dogmaticamente e constituía um suposto do conhecimento

jurídico.¹¹⁵

Preocupado, certamente, com a instrumentalidade do Direito, que sempre perseguiu com a teoria egológica, Machado Netto considera o Direito Natural insuficiente para proporcionar fundamento à Ciência do Direito. Acompanhando Carlos Cossio, considerou o jusnaturalismo uma atitude pré-científica nos domínios do conhecimento jurídico. Isto porque, em lugar de enfrentar o problema histórico do Direito, concebe uma ordem paralela, que seria a fonte de validade do Direito Positivo. O jusnaturalismo, possivelmente por ser anterior à teoria axiológica desconheceu a distinção entre valor e *ser*.

152.2. Lourival Vilanova. Antigo professor da Faculdade de Direito do Recife, onde coordenou os cursos de mestrado, Lourival Vilanova desenvolveu pesquisas científicas na área da Lógica Jurídica, sob a influência especial de Husserl e de Kelsen e com assimilação de pontos da doutrina de Kalinowski, Von Wright e García Máynez. No domínio da ontologia jurídica, é autor de uma tese intitulada **Sobre o Conceito do Direito**, onde concluiu que a noção do Direito somente pode ser alcançada por intuição. Ao relacionar as estruturas linguísticas com o Direito tomava por referência o Direito Público. Tal o seu envolvimento com a Teoria Pura do Direito, que promoveu, praticamente, uma reelaboração do normativismo Kelseniano, tornando-se difícil, algumas vezes, distinguir-se, em sua dissertação, onde o pensamento do mestre, onde a contribuição do discípulo.

152.3. Néelson Saldanha. Além dos juristas-filósofos Pinto Ferreira e Gláucio Veiga, que desenvolveram uma filosofia de fundo existencialista e de coloração marxista-liberal, e de Lourival Vilanova, atualmente Recife projeta lições de Filosofia do Direito, notadamente, com as obras de Néelson Saldanha, Cláudio Souto, Marília Muric Machado Pinto e João Maurício Adeodato. Saldanha é autor, entre outras obras, de **Legalismo e Ciência do Direito** (1977), **Teoria do Direito e Crítica Histórica** (1987) e **Filosofia do Direito** (1998). Com embasamento sociológico e histórico, atribui à Filosofia do Direito o papel de “interpretar as relações entre o Direito (estrutura e experiência) e a vida humana (contextos, valores, ação)”.¹¹⁶ Afirmando ser preciso flexibilizar e relativizar as fronteiras da Filosofia do Direito, observa que esta deve ser permeável a outras áreas do saber, especialmente à Historiografia e à Sociologia. Para Néelson Saldanha, entre o saber filosófico e o jurídico há de haver uma conexão ou seja, o jurista não deve dispensar a sintonia com o saber filosófico e, de igual modo, o jurista-filósofo não deve manter-se alheio ao saber jurídico. Isto não quer dizer que o filósofo do Direito deva se deixar envolver nas “*muitas sutilezas analíticas que existem no saber dos juristas. Pensamos em um conhecimento fundamental de temas e de problemas...*”¹¹⁷

152.4. Cláudio Souto. Com especialização maior em Sociologia do Direito, com diversas obras publicadas naquele setor, Cláudio Souto, antigo docente de Introdução ao Estudo do Direito na Faculdade do Recife, é autor do livro **Da Irrealidade Jurídico-Definitiva do Direito Natural** (1958 e 1960), em dois volumes, e de um ensaio no âmbito da Filosofia do Direito, escrito na língua alemã. Para o escritor, o fenômeno jurídico seria um fenômeno normativo da conduta social. Norma e conduta jurídica mutuamente se implicariam: a norma se refere sempre à conduta e esta é normada. Considerado como o mais social dos fenômenos de regulamentação social, o fenômeno jurídico é imposição de conhecimento e as suas regras possuem estrutura imperativo-indicativa. Cláudio Souto distingue o saber jurídico fundamental de um outro, não fundamental. O primeiro, reuniria a Lógica do Direito, em acepção de Dogmática Jurídica, com o papel de analisar o Direito Positivo, a Sociologia do Direito e a Filosofia Jurídica. Esta última, que não estudaria o Direito em seus elementos universais, “com apoio nos dados científico-

empíricos busca as altíssimas causas do jurídico, aquelas que não se atingem pela observação empírica da ciência”.¹¹⁸ O saber jurídico não fundamental é constituído pela Antropologia do Direito, História do Direito, Psicologia Jurídica e Jurisprudência Econômica.

152.5. Sílvia de Macedo. Entre os autores alagoanos, além de Pontes de Miranda, destaca-se a produção científica de Sílvia de Macedo, que se diversifica, em grande leque, na área da teoria do Direito, onde se destacam **Introdução à Ciência do Direito** (1970), **Introdução à Filosofia do Direito** (1975) e **Curso de Lógica Jurídica** (1984). Seu interesse maior concentra-se nas esferas da Lógica Jurídica e Filosofia da Linguagem. Além de identificar o Direito como objeto cultural, Sílvia de Macedo absorveu o tridimensionalismo de Miguel Reale. Ao distinguir a Filosofia do Direito da Teoria Geral do Direito, atribuiu à primeira uma função predominantemente *axiológica* e à segunda, função *normativa*.

152.6. Marília Muricy Machado Pinto. Adotando a filosofia básica de Machado Netto, seu mestre e a quem prestou colaboração, Marília Muricy Machado Pinto, da Universidade Federal da Bahia, possui um significativo acervo de trabalhos produzidos na área da jusfilosofia, entre os quais **A Teoria Ecológica dos Valores Jurídicos** – comunicação apresentada no Primeiro Encontro Brasileiro de Filosofia do Direito, em João Pessoa, 1980 –, *Os pressupostos da sociologia do desvio e da psicologia do desvio e da psiquiatria fenomenológico-existencial*; *A Distinção: Proposições Jurídicas/Normas de Direito na Nova Teoria Pura* (1977). Neste último trabalho,¹¹⁹ assumindo a postura egologista, revela alterações introduzidas por Hans Kelsen em sua Teoria Pura, em decorrência das teses egológicas.

152.7. João Maurício Adeodato. A experiência jusfilosófica do professor pernambucano, João Maurício Adeodato, legítimo herdeiro da Escola do Recife, é sedimentada por uma longa atividade acadêmica, tanto em cursos em que obteve titulações, no País e no Exterior, quanto naqueles em que exerce o magistério. Em sua opinião, o maior desafio que se impõe ao Direito, na pós-modernidade, é cumprir as promessas de *liberdade, igualdade e fraternidade* firmadas no século XVII.¹²⁰

As atenções de João Maurício Adeodato, em sua *Filosofia do Direito*, se concentram especialmente no pensamento de Nicolai Hartmann (1882-1950), filósofo alemão com reflexões nos domínios da *ontologia, gnoseologia, estética, axiologia*. João Maurício Adeodato explica os motivos de sua preferência: “O autor foi escolhido por melhor exemplificar a teoria ontológica objetivista, gnoseologicamente otimista, cheia de certezas, que tem caracterizado até hoje a filosofia do direito de maior repercussão.”¹²¹ O eminente professor, entretanto, não compartilha deste ufanismo, pelo contrário, selecionou a doutrina de Hartmann justamente para colocar à mostra as contradições e arrogâncias de quem pretende *fechar questões* no âmbito filosófico. Adeodato propõe uma “*postura mais modesta porém mais segura, menos racionalmente cogente porém mais tolerante*”. Com este posicionamento prévio, o autor revela uma índole própria dos autênticos filósofos, que se preocupam mais em problematizar a realidade do que em defini-la.

O jurista-filósofo critica o Direito do Mundo Ocidental, onde o Estado centraliza a produção normativa, ao mesmo tempo em que reivindica a presença dos sistemas sociais na criatividade da ordem jurídica. A experiência jurídica brasileira atual estaria passando por uma crise decorrente, em parte, do desinteresse pela cultura em face de questões prioritárias, baixo nível do ensino, além de uma política mal conduzida pelos governantes. Reflexo disto seria a desorganização jurídica, pois não se respeitam axiomas fundamentais, entre eles o da supremacia

constitucional, o princípio da igualdade e a neutralidade das decisões judiciais.¹²² Pensa Adeodato que o incremento do estudo de Filosofia do Direito e de Teoria Geral do Estado em muito poderá contribuir para aclarar e reverter a crise apontada.

A Dogmática Jurídica, para funcionar adequadamente no plano judicial, pressupõe dois requisitos básicos: a *obrigatoriedade de argumentar* e a *obrigatoriedade de decidir*. Quem postula em juízo há de exercitar o raciocínio, desenvolvendo o discurso em função dos argumentos jurídicos que a Ciência acumula. A obrigatoriedade de decidir diz respeito às questões relevantes encaminhadas ao Judiciário. Se as questões *in concreto* são ou não relevantes, quem decide é o Estado e o faz por meio do ordenamento sobre o qual exerce o monopólio.

Tomando por base a experiência, o *Direito dogmático* é definido por Adeodato como “*um direito legalmente organizado que toma por base a pretensão, por parte do Estado, de monopólio na produção e legitimação das normas jurídicas, dentro de determinada circunscrição territorial*”.¹²³ Com toda evidência este não é o Direito idealizado pelo professor do Recife, pois despojado de valores e comprometido com a ideologia positivista, enquanto o Direito que João Maurício Adeodato preconiza é substancialmente axiológico, instrumento dos valores *liberdade, igualdade e fraternidade*.

153. A FILOSOFIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEA EM OUTROS CENTROS BRASILEIROS DE CULTURA

153.1. Roberto Lyra Filho. Intitulando-se “um professor que se afastou de antigos compromissos conservadores para engajar-se na linha do pensamento progressista”, Roberto Lyra Filho abandonou a pesquisa na área do Direito Criminal para entregar-se à Filosofia do Direito, onde produziu obras repassadas de cultura e erudição, entre elas **Para um Direito sem Dogmas** (1980) e **O Que é Direito** (1982). Seguidor da filosofia marxista, Lyra Filho, que, a exemplo de Machado Netto, faleceu no apogeu e efervescência de sua atividade intelectual, foi professor titular na Universidade de Brasília. Para ele, o princípio fundamental do Direito, que revela a sua essência, modelo e finalidade, remonta a Marx e Engels: “O livre desenvolvimento de cada um é condição para o livre desenvolvimento de todos.”¹²⁴

153.2. Luiz Fernando Coelho. Com sólido embasamento doutrinário, Luiz Fernando Coelho apresenta-se à comunidade científica com diversas obras de teoria do Direito, repassadas de sentido filosófico, onde se percebe a influência do pensamento de Karl Popper, Bachelard e Malinowski, em especial. Não obstante a bem ordenada **Teoria da Ciência do Direito** (1974) e a **Introdução Histórica à Filosofia do Direito** (1977), a sua principal obra e contribuição ao pensamento jurídico é a **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis** (1979). Professor titular de Filosofia do Direito da Universidade Federal do Paraná e docente de Teoria Geral do Direito, em curso de pós-graduação na Universidade Federal de Santa Catarina, Luiz Fernando Coelho comunica o seu entusiasmo aos discípulos, influenciando-os positivamente nas investigações jurídico-filosóficas. Assumindo uma postura progressista, rejeita o saber jurídico estruturado em princípios dogmáticos e propõe a *teoria crítica do Direito*, visando à transformação daqueles princípios e não a sua legitimação. A tese fundamental de sua teoria consiste em que “o direito não é o passado que condiciona o presente, mas o presente que constrói o futuro”.¹²⁵ Ao considerar a estrutura do Direito, nela reconhece a presença dos elementos *fato, valor e norma*, dentro de uma dialética de implicação. A tridimensionalidade do Direito está em sua compreensão e segundo a fórmula de Miguel Reale, para quem os três elementos *fato, valor e norma* não se justapõem, mas desenvolvem uma dialética de

complementaridade.¹²⁶

153.3. João Baptista Herkenhoff. Com experiência em diversas esferas do Direito, João Baptista Herkenhoff investiga o fenômeno jurídico especialmente em suas dimensões sócio-filosóficas, na Universidade Federal do Espírito Santo. Com ampla vivência no foro, onde atuou como advogado, promotor de justiça, juiz de trabalho e juiz de Direito, Herkenhoff une o saber teórico ao prático, o que lhe permite uma visão equilibrada da realidade. **Como Aplicar o Direito** (1979) é sua principal credencial no campo jurídico-filosófico, onde apresentou a temática “à luz de uma perspectiva axiológica, fenomenológica e sociológico-política”. Em apêndice à obra, o autor revela uma doutrina própria, progressista, onde sustenta que os valores do juiz não devem ser, necessariamente, os valores da lei, porque do contrário o aplicador não será apenas conservador, mas também reacionário. Herkenhoff, autor também de **Introdução ao Estudo do Direito** (1987) e de vários outros títulos, não concorda com a afirmativa de que o juiz deva ser neutro ideologicamente, nem com o conformismo do magistrado que, após sentenciar, lamenta haver proferido decisão injusta, embora fundada na lei. O autor reconhece que o Direito constitui uma imposição das classes dominantes na sociedade e pode servir à maioria ou à minoria, dependendo de quem estiver no poder.¹²⁷

-
- 1 “Gonzaga não foi inconfidente. Foi acusado por vingança dos seus inimigos e o concurso das circunstâncias impediu-o de defender-se proveitosamente... Foi vítima de uma justiça demasiado rigorosa que lhe deu uma glória não pretendida por ele – a glória dos mártires, para a qual não tinha vocação alguma.” OLIVEIRA, Almir de **Gonzaga e a Inconfidência Mineira** 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia Limitada, 1985, p. 150.
 - 2 GONZAGA, Tomás Antônio. **Tratado de Direito Natural**, parte III, cap. 2º, *caput*.
 - 3 Op. cit., parte II, cap. 9º, 9.
 - 4 Op. cit., parte III, cap. 4º, 2.
 - 5 Op. cit., parte III, cap. 1º, 6.
 - 6 Op. cit., parte III, cap. 1º, 12.
 - 7 Op. cit., parte III, cap. 1º, 7.
 - 8 VAMPRÉ, Spencer. **Memórias para a História da Academia de São Paulo** 2. ed. Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1977, v. I, p. 65.
 - 9 *Apud* VAMPRÉ, Spencer. Op. cit., v. I, p. 67.
 - 10 REALE, Miguel. **Filosofia em São Paulo**. 2. ed. São Paulo: Grijalbo, p. 81.
 - 11 *Apud* REALE, Miguel. Op. cit., p. 71.
 - 12 THEODORO XAVIER, João. **Teoria Transcendental do Direito**. 1. ed. Typographia de Jorge Seckler. São Paulo, 1876, p. 5.
 - 13 Op. cit., p. 35.
 - 14 Op. cit., p. 142.

- 15 Op. cit., p. 44.
- 16 Op. cit., p. 49.
- 17 Op. cit., p. 57.
- 18 REALE, Miguel. **Filosofia em São Paulo**, cit., p. 23.
- 19 SÁ E BENEVIDES, José Maria Corrêa de. **Elementos de Philosophia do Direito Privado** 1. ed. São Paulo: Typ. União, 1884, p. 13.
- 20 Op. cit., p. 14.
- 21 Op. cit., p. XII.
- 22 VAMPRÉ, Spencer. Op. cit., v. 2, p. 147.
- 23 Em artigo intitulado Filosofia do direito, publicado no periódico **Jornal do Comércio**. Rio de Janeiro, p. 4, edição de 09.03.1991, transcrito na p. XV desta obra.
- 24 ROMERO, Sílvia. **Obra filosófica**. Coleção Documentos Brasileiros, n. 139, São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – Livraria José Olympio Editora, 1969, p. 39.
- 25 BEVILÁQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. 2. ed. Brasília: Conselho Federal de Cultura, Instituto Nacional do Livro, 1977, p. 391.
- 26 *Apud* SERRANO, Jônathas. **Filosofia do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia. – Editores, 1942, p. 210.
- 27 BEVILÁQUA, Jônathas. *Apud* MERCADANTE e PAIM. Obras Completas de Tobias Barreto. **Estudos de Filosofia**. Ministério da Educação e Cultura, 1966. t. II, p. XIV.
- 28 BARRETO, Tobias. **Sobre uma nova intuição do direito**. Em: Obras Completas de Tobias Barreto cit., cap. VI, p. 201.
- 29 **Dissertação de Concurso**. cit. I, p. 3.
- 30 **Sobre uma Nova Instituição do Direito**. Obras Completas de Tobias Barreto, cit., cap. V, p. 198.
- 31 VITA, Luís Washington. **Introdução à Obra Filosófica de Sílvia Romero** Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editora, 1969, p. XVI.
- 32 *Apud* VITA, Luís Washington. Op. cit., p. XI.
- 33 ROMERO, Sílvia. Op. cit., p. 590.
- 34 Op. cit., p. 641.
- 35 Op. cit., p. 648.
- 36 MACHADO NETTO. **História das Idéias Jurídicas no Brasil** 1. ed. São Paulo: Grijalbo, 1969, p. 110.
- 37 DANTAS, San Thiago. Em Introdução à **Obra Filosófica de Clóvis Beviláqua – II – Filosofia Social e Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Grijalbo, 1975, p. 2.
- 38 BEVILÁQUA, Clóvis. **Obra Filosófica de Clóvis Beviláqua – Filosofia Social e Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Grijalbo, 1975. v. II, p. 45.
- 39 BEVILÁQUA, Clóvis. **A Fórmula da Evolução Jurídica**, obra Filosófica, cit., v. II, p. 85.
- 40 MACHADO NETTO. Op. cit., p. 115.

- 41 MACHADO NETTO. Op. cit., p. 115.
- 42 BEVILÁQUA, Clóvis. **Reflexões de um Jurista sugeridas por uma Data**, obra Filosófica, cit., v. II, p. 250.
- 43 **O Direito**, cit., p. 52.
- 44 **O Direito**, cit., p. 48.
- 45 **Direito Subjetivo**, cit., p. 106.
- 46 PAIM, Antônio. **A Filosofia da Escola do Recife**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saga, 1966, p. 75.
- 47 MACHADO NETTO. Op. cit., p. 127.
- 48 *Idem*, p. 150.
- 49 VAMPRÉ, Spencer. Op. cit., v. 2, p. 327.
- 50 LESSA, Pedro. **Philosophia do Direito** 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves 1916, p. 96.
- 51 Op. cit., p. 112.
- 52 Op. cit., p. 89.
- 53 Op. cit., p. 96.
- 54 MENDES, José. **Ensaio de Philosophia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Duprat & Cia., 1905, v. 2, p. 740.
- 55 Op. cit., p. 745.
- 56 Op. cit., p. 14.
- 57 Op. cit., p. 18.
- 58 Op. cit., p. 23.
- 59 Op. cit., p. 5.
- 60 ARRUDA, João. **Filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1º volume, p. 277.
- 61 A edição brasileira de **Lições de Philosophia do Direito** de I. Vanni, vinda a lume em 1916 e traduzida por Octávio Paranaguá, foi dedicada a João Arruda.
- 62 Op. cit., 1º volume, p. 245.
- 63 Op. cit., 1º volume, p. 266.
- 64 Op. cit., 1º volume, p. 255.
- 65 Op. cit., 1º volume, p. 275.
- 66 **Miguel Reale na Universidade de Brasília** Coleção Itinerários. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 87.
- 67 **Miguel Reale na Universidade de Brasília**, cit., p. 161.
- 68 *Idem*, p. 28.
- 69 **Da Revolução à Democracia**. 2. ed. São Paulo: Convívio, 1977, p. 37.
- 70 **O Homem e seus Horizontes**. 1. ed. São Paulo: Convívio, 1980, p. 149.
- 71 **Miguel Reale na Universidade de Brasília**, cit., p. 74.

- 72 **Lições Preliminares de Direito**, cit., p. 59.
- 73 TELLES JÚNIOR, Goffredo. **O Direito Quântico**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 426.
- 74 **Direito Quântico**, cit., p. 429.
- 75 TELLES JÚNIOR, Goffredo. **Filosofia do Direito**, cit., v. 2, p. 426.
- 76 CZERNA, Renato Cirell**Ensaio de Filosofia Jurídica e Social** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 159.
- 77 **Introdução ao Estudo do Direito**, cit., p. 42.
- 78 Op. cit., p. 46.
- 79 **O Direito como Ciência**. 1ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 105.
- 80 CAMPOS BATALHA, Wilson de Souza**Introdução ao Estudo do Direito** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 10.
- 81 **Introdução à Ciência do Direito**. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, § 2.1.1, p. 34.
- 82 **Estudos de Filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 57.
- 83 **A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 17. 84 Op. cit., p. 21.
- 85 L. KUNZ, Josef.**La Filosofía del Derecho Latinoamericana en el Siglo XX** 1. ed. Buenos Aires: Editorial Losada S.A., 1951, p. 42.
- 86 PONTES DE MIRANDA**Sistema de Ciência Positiva do Direito** 2. ed. Rio de Janeiro: Borsói 1972, t. I, p. 303.
- 87 *Apud* REALE, Miguel.**Figuras da Inteligência Brasileira** 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 49.
- 88 VITA, Luís Washington. **Panorama da Filosofia no Brasil**. Porto Alegre: Globo, 1969, p. 110.
- 89 PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. IV, p. 193.
- 90 *Idem*, p. 195.
- 91 PONTES DE MIRANDA. Op. cit., t. III, p. 61.
- 92 *Advogado*, órgão de publicações da 4ª Subseção da OAB/MG, n. 4, 1980.
- 93 *Apud* MACHADO NETTO. Op. cit., p. 181.
- 94 HERMES LIMA. **Introdução à Ciência do Direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A 1966, p. 30. 95 Op. cit., p. 165.
- 96 DOURADO DE GUSMÃO, Paulo. **Filosofia do Direito**, cit., p. 72.
- 97 **Introdução ao Estudo do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 87.
- 98 **Filosofia do Direito**, cit., p. 82.
- 99 *Idem*, p. 86.
- 100 *Idem*, p. 35.
- 101 *Idem*, p. 36.
- 102 MACHADO PAUPÉRIO, A. **O Direito Político de Resistência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978,

p. 11.

- 103 *Idem*. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 80.
- 104 MENEZES, Djacir. **Introdução à Ciência do Direito** 3. ed. Rio de Janeiro: G. Editora Aurora, 1952 p. 57.
- 105 LITRENTO, Oliveiros. **Curso de Filosofia do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980, p. 14.
- 106 *Idem*, p. 14.
- 107 CAMPOS, Carlos. **Hermenêutica Tradicional e Direito Científico**. 2. ed. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1970, p. 48.
- 108 BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. **Filosofia do Direito**. Ed. própria e mimeografada. Belo Horizonte, 1957, p. 33. 109 *Idem*, p. 15.
- 110 MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. **Contribuição ao Personalismo Jurídico** 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954, p. 193.
- 111 *Idem*. **Elementos de Teoria Geral do Direito** – Introdução à Ciência do Direito. Belo Horizonte Editora Vega S.A., 1972, p. 39.
- 112 Obra coletiva em homenagem póstuma a Machado Netto, falecido em 17 de julho de 1977 organizada pela Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas/Centro Editorial e Didático da Universidade Federal da Bahia, 1979. Citação à fls. 85.
- 113 MACHADO NETTO, A. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 50. 114 *Idem*, fls. 104.
- 115 *Idem*, fls. 148.
- 116 SALDANHA, Néelson. **Teoria do Direito e Crítica Histórica** 1. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1987, p. 45.
- 117 **Filosofia do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 25.
- 118 SOUTO, Cláudio. **Introdução ao Direito como Ciência Social** 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Editora Universidade de Brasília, 1971, p. 25.
- 119 MACHADO PINTO, Marília Muricy. A distinção proposições jurídicas/normas de direito da nova teoria pura. Separata da **Revista Brasileira de Filosofia**, v. XXVII, Fasc. 105, p. 51 a 70.
- 120 Em entrevista ao site da FMU – Faculdades Metropolitanas Unidas –, seção Notícias & Eventos edição de 04.11.2009.
- 121 **Filosofia do Direito** – Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, introdução, § 2, p. 10. 122 Op. cit., introdução, § 3, p. 12.
- 123 Op. cit., introdução, § 3, p. 16.
- 124 LYRA FILHO, Roberto. **O Que é Direito**. 1. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1982, p. 127.
- 125 FERNANDO COELHO, Luiz. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**, cit., p. 312.
- 126 Em **Aulas de Introdução ao Direito**. 1. ed. Barueri: Manole, 2004, § 4.5, p. 129.
- 127 HERKENHOFF, João Baptista. **Como Aplicar o Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 157-8.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. 1. ed. em língua portuguesa. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- ADEODATO, João Maurício. Entrevista *aosite* da FMU – Faculdades Metropolitanas Unidas –, seção Notícias & Eventos, edição de 04.11.2009.
- _____. **Filosofia do Direito** – Uma Crítica à Verdade na Ética e na Ciência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AGAZZI, Evandro. **A Ciência e os Valores**. São Paulo: Edições Loyola, 1977.
- AHRENS, Henri. **Cours de Droit Naturel ou de Philosophie du Droit**. 8. ed. Leipzig: F. A. Brockhaus, 1892, 1^a v.
- ALEXANDROV, N. *Get alii*. **Teoría del Estado y del Derecho**. 2. ed. mexicana. México: Editorial Grijalbo S.A., 1966.
- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. 1. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- _____. **Direito, Razão, Discurso** – Estudos para a Filosofia do Direito. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- _____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 1. ed. São Paulo: Landy, 2008.
- _____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. da 5. ed. alemã. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALTAVILA, Jaime de. **Origem dos Direitos dos Povos**. 4. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1964.
- AQUINO, Tomás de. **Suma Teológica**. Trad. de Alexandre Correa. 2. ed. Porto Alegre: EST-Sulina-UCS, 1980, v. IV.
- ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- _____. **Dos Argumentos Sofísticos**. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- _____. **Tópicos**. Os Pensadores. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- ARRUDA, João. **Filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo, 1942.
- ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito** – Teorias da Argumentação Jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.
- _____. **El Derecho como Argumentación**. 2. ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2007.
- AUSTIN, John. **Sobre la Utilidad del Estudio de la Jurisprudencia**. México: Nacional, 1974.
- BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito e Política**. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1962.
- _____. **Obras Completas de Tobias Barreto, Estudos de Filosofia** Brasília: Ministério da Educação e Cultura, 1966.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Introdução ao Estudo do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- BATIFFOL, H. A. **A Filosofia do Direito**. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1968.
- BATTAGLIA, Felice. **Curso de Filosofia del Derecho** Trad. espanhola da 3. ed. italiana. Madrid: Reus, S.A. 1951.
- BENEVIDES, José Maria Corrêa de Sá. **Elementos da Philosophia do Direito Privado** 1. ed. São Paulo Typ. União, 1884.
- BEVILAQUA, Clóvis. **História da Faculdade de Direito do Recife**. 2. ed. Brasília: Conselho Federal de Cultura, Instituto Nacional do Livro, 1977.
- BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. **História da Filosofia do Direito**. 1. ed. Barueri: Manole, 2005.

- BOBBIO, Norberto. **Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico**. 3. ed. Edizioni di Comunità, Milano, 1977.
- _____. **Studi per una Teoria Generale del Diritto**. Torino: Giappichelli, 1970.
- _____. **Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito**, organizada por André-Jean Arnaud. 1. ed. trad. da 2. ed. francesa. Verbete Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. **Positivismo Jurídico** – Lições de Filosofia do Direito. 1. ed. São Paulo: Ícone, 1995.
- BODENHEIMER, Edga. **Ciência do Direito, Filosofia e Metodologia Jurídicas** Rio de Janeiro: Forense 1966.
- BLACKBURN, Simon. **Dictionay of Philosophy**. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1996.
- BRUSIIN, Otto. **El Pensamiento Jurídico**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.
- BURNS, Edward McNall. **História da Civilização Ocidental**. 2. ed. Porto Alegre: Globo, 1967.
- BUSTAMANTE, Lino Rodriguez-Arias. **Ciencia y Filosofia del Derecho** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- CALERA, Nicolás M. López. **El Riesgo de Hegel sobre la Libertad** Monografias de Filosofia Jurídica e Política. Granada, 1973.
- CAMPOS, Arturo Berumen. **Apuntes de Filosofia del Derecho** 1. ed. México: Cardenas Editor Distribuidor 2003.
- CAMPOS, Carlos. **Hermenêutica Tradicional e Direito Científico**. 2. ed. Belo Horizonte: Imprensa Oficial de Minas Gerais, 1970.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito** 1. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CARBONE, M. **Filosofia del Derecho**. 1. ed. Buenos Aires: Editorial Sanná, 1943.
- CARBONNIER, Jean. **Sociologia Jurídica**. 1. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1979.
- CARDOZO, Benjamin N. **A Natureza do Processo e a Evolução do Direito**. São Paulo: Nacional, 1943.
- CARLE, Giuseppe. **A Vida do Direito em suas Relações com a Vida Social** 9. ed. Madrid: Daniel Jorro-Editor 1912.
- CARNEIRO, Nélon. **A Luta pelo Divórcio**. 1. ed. Rio de Janeiro: Livraria São José, 1973.
- CARNELLI, Lorenzo. **Tempo e Direito**. Rio de Janeiro: José Konfino-Editor, 1960.
- CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva & Cia. Editores, 1942.
- CHUEIRI, Vera Karam. Verbete Ronald Dworkin, em **Dicionário de Filosofia do Direito**, obra coletiva coordenada por Vicente de Paulo Barreto. 1. ed. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. **Aulas de Introdução ao Direito**. 1. ed. Barueri: Manole, 2004.
- COGLIOLO, Pietro. **Filosofia do Direito Privado**. Livraria Clássica, 1915.
- CZERNA, Renato Cirell. **Ensaio de Filosofia Jurídica e Social**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.
- DABIN, Jean. **Teoría General del Derecho**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito** Trad. da 10ª e última edição italiana. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Suc., 1959.
- _____. **Teoria do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1957.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

DIAZ, Elías. **Crítica del Derecho Natural**, obra coletiva. 1. ed. Madrid: Taurus, 1966.

DU PASQUIER, Claude **Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit** 4. ed. Neuchatel/Suisse: Delachaux & Niestlé, 1967.

DURANT, Will. **História da Filosofia**. 12. ed. São Paulo: Nacional, 1966.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Nacional, 1960.

DWORKIN, Ronald. **Los Derechos en Serio**. 2. ed. espanhola. Barcelona: Editorial Ariel, S. A., 1989.

_____. **O Império do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

ETCHEVERRY, Auguste. **O Conflito Atual dos Humanismos**. Porto: Livraria Tavares Martins, 1975.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1988.

FERREIRA, Fernando Galvão de Andréa **Uma Introdução à Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexi**. 1. ed. Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira & Morgado Editores, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi **A Lei do Divórcio Comentada e Documentada** 1. ed. São Paulo: Saraiva S. A. - Livres Editores, 1978.

FRANÇOIS, Ewald. **Foucault, a Norma e o Direito**. 1. ed. Lisboa: Veja, Limitada, 1993.

FRIEDMANN, W. **Theorie Générale du Droit**. 4. ed. Paris: L. G. D. J., 1965.

GAMBRA, Rafael. **Pequena História da Filosofia**. 3. ed. Porto: Livraria Tavares Martins, 1970.

GARDIOL, Ariel Alvarez **Manual de Filosofia del Derecho** 1. ed. Buenos Aires: Livraria Tavares Martins, 1979.

GARGARELLA, Roberto **As Teorias da Justiça depois de Rawls – Um breve manual de filosofia política**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GÉNY, François. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo** Madrid: Editorial Reus S.A., 1925.

GOMES, Orlando. **Escritos Menores**. São Paulo: Saraiva, 1981.

GONZAGA, Tomás Antônio. **Tratado de Direito Natural**. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1957.

GORBACHEV, Mikhail **Perestroika – Novas Ideias para o meu País e o Mundo**. São Paulo: Círculo do Livro, 1987.

GRAU, José Cortés. **Curso de Derecho Natural**. 4. ed. Madrid: Nacional, 1970.

GROPPALI, Alessandro. **Philosophia do Direito**. 2. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1926.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Filosofia do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

HABERMAS, Jürgen **Direito e Democracia** 1. ed. brasileira. Trad. da 4. ed. alemã. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro. 1979, v. I.

HECK, Philipp. **Interpretação da Lei e Jurisprudência de Interesses**. São Paulo: Saraiva, 1947.

HEGEL, Guilherme Frederico **Introdução à História da Filosofia** 3. ed. Coimbra: Arménio Amado-Editor, Sucessor, 1974.

- HENKEL, Heinrich. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. Madrid: Taurus, 1986.
- HERKENHOFF, João Baptista. **Como Aplicar o Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito** 1. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes 2008.
- HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. Coimbra: Arménio Amado-Editor, Sucessor, 1964.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- HOLMES, Oliver Wendell. **O Direito Comum**. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967.
- HORN, Norbert. **Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica** Tradução brasileira da 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2005.
- IHERING, Rudolf von. **A Finalidade do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.
- _____. **A Luta pelo Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
- JACQUES, Paulino. **Do Conceito do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1964.
- JASPERS, Karl. **Introdução ao Pensamento Filosófico**. São Paulo: Cultrix, 1980.
- KANT, Emmanuel. **Introducción a la Teoría del Derecho**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales reimpresão de 1978.
- _____. **Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho** México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.
- _____. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Nacional, 1964.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosofia del Derecho**. Trad. espanhola da 2. ed. alemã. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999.
- _____. **La Filosofia del Derecho en la Posmodernidad**. 2. ed. Bogotá: Editorial Temis S. A., 1998.
- KELSEN, Hans. **A Justiça e o Direito Natural**. Coimbra: Arménio Amado-Editor, Suc., 1963.
- _____. **Teoría Comunista del Derecho y del Estado**. 1. ed. Buenos Aires: Emecé, 1958.
- _____. **Teoria Geral das Normas**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.
- _____. **Teoria Pura do Direito**. Trad. da 2. ed. Coimbra: Arménio Amado-Editor, Sucessor, 1976.
- _____. **Que es la Justicia?** 3. ed. argentina. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1966.
- KOLM, Serge-Christophe. **Teorias Modernas da Justiça**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KORKOUNOV, M. **Cours de Théorie Générale du Droit**. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903.
- KUNZ, Josef L. **La Filosofia del Derecho Latinoamericana en el Siglo XX** 1. ed. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1951.
- _____. **La Teoría Pura del Derecho**. Reimpresão da 1. ed. México: Nacional, 1974.
- LACAMBRA, Luiz Legaz y. **Filosofia del Derecho**. 2. ed. Barcelona: Bosch-Casa Editorial, 1961.
- LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos – Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt** 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito** 2. ed. trad. da 5. ed. alemã de 1983, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.
- _____. **Metodologia de la Ciencia del Derecho**. 1. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1986.
- LASK, Emil. **Filosofia Jurídica**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1946.

- LATORRE, Angel. **Introducción al Derecho**. 2. ed. Barcelona: Ediciones Ariel, 1968.
- LEAL, Rogério Gesta. Verbetes Jürgen Habermas **Dicionário de Filosofia do Direito** 1. ed. São Leopoldo Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- LEITE, Roberto Basílone **A Chave da Teoria do Direito de Habermas**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.
- LESSA, Pedro. **Filosofia do Direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1916.
- LEVY-ULLMANN, Henri. **La Definición del Derecho**. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1925.
- LIMA, Hermes. **Introdução à Ciência do Direito**. 15. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1966.
- LITRENTO, Oliveiros Lessa. **Curso de Filosofia do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1980.
- LLEWELLYN, K. N. **Beleza e Estilo no Direito**. Bosch: Casa Editorial Barcelona, 1953.
- LOCKE, John. **Carta acerca da Tolerância**. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973. v. XVIII.
- _____. **Segundo Tratado sobre o Governo**. *Idem*.
- LUMIA, Giuseppe. **Principios de Teoría e Ideología del Derecho**. Madrid: Editorial Debate, 1978.
- LYRA FILHO, Roberto **A Filosofia Jurídica nos Estados Unidos da América** Revisão Crítica. Porto Alegre Sérgio Antônio Fabris Editor, 1977.
- _____. **O Que é Direito**. 1. ed. Brasília: Brasiliense, 1982.
- _____. **Razões de Defesa do Direito** (Discurso de Patrono dos Bacharelados em Direito da Universidade de Brasília, lido em 25 de julho de 1981). Brasília: Obreira, 1981.
- MACHADO NETO, A. L. e MACHADO NETO, Zahidê. **O Direito e a Vida Social**. São Paulo: Nacional, 1966.
- _____. **História das Ideias Jurídicas no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Grijalbo, 1969.
- _____. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. **Obra Coletiva em Homenagem Póstuma** Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas/ Centro Editorial e Didático da UFB, 1979.
- MARX, Karl. **Das Kapital**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1980.
- _____. **Manifesto do Partido Comunista**. São Paulo: Global, 1988.
- _____. **Para a Crítica da Economia Política**. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- MASSINI **Ensayo Crítico acerca del Pensamiento Filosófico-Jurídico de Carlos Marx** Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1976.
- MATA-MACHADO, Edgar Godói da. **Direito e Coerção**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- _____. **Elementos de Teoria Geral do Direito – Introdução à Ciência do Direito**. Belo Horizonte: Vega S.A., 1972.
- _____. **Contribuição ao Personalismo Jurídico**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1954.
- MÁYNEZ, Eduardo García. **La Definición del Derecho**. 2. ed. México: Universidad Veracruzana, 1960.
- _____. **Introducción al Estudio del Derecho**. 12. ed. México: Editorial Porrúa, S.A., 1964.
- _____. **Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico e Iusnaturalismo** 2. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.
- _____. **Filosofía del Derecho**. México: Editorial Porrúa, S.A., 1974.
- MEIRA, Sílvio. **Instituições de Direito Romano**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1971.

- MELLO, Celso de Albuquerque et alii. **A Norma Jurídica**, obra coletiva. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1980.
- MELLO, Lydio Machado Bandeira de. **Filosofia do Direito**. Ed. mimeografada. Belo Horizonte: 1957.
- MENDES, José. **Ensaio de Philosophia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Duprat & Cia., 1905.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A Argumentação nas Decisões Judiciais**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar 1997.
- MENEZES, Djacir. **Introdução à Ciência do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Aurora, 1952.
- MIAILLE, Michel. **Uma Introdução Crítica ao Direito**. 1. ed. Lisboa: Moraes Editores, 1979.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito** 2. ed. Rio de Janeiro Borsó, 1972.
- MONCADA, Cabral de. **Filosofia do Direito e do Estado**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva S.A., 1950.
- MONREAL, Eduardo Novoa. **El Derecho como Obstáculo al Cambio Social** México: Siglo Veintiuno Editores 1979.
- MONTESQUIEU, Barão de. **Do Espírito das Leis**. Edições e Publicações Brasil, 1960.
- MONTORO, André Franco. **Estudos de Filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- _____. **Introdução à Ciência do Direito**. 23. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973.
- MORENO, Martin T. Ruiz. **Filosofia del Derecho**. 1. ed. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1944.
- MORENTE, García. **Fundamentos de Filosofia – Lições Preliminares**. 4. ed. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1970.
- MOUCHET, Carlos y Zorraquin Becu. **Introducción al Derecho**. 7. ed. Buenos Aires: Perrot, 1967.
- NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- OLIVECRONA, Karl. **Linguagem Jurídica e Realidade**. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968.
- OLIVEIRA, Almir de. **Gonzaga e a Inconfidência Mineira**. 2. ed. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia Limitada, 1985.
- OÑATE, Lopez de. **Filosofía del Derecho**. 1. ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- PAIM, Antônio. **A Filosofia da Escola do Recife**. 1. ed. Rio de Janeiro: Saga, 1966.
- PALOMBELLA, Gianluigi. **Filosofia do Direito**. 1. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- PANIAGUA, José M. Rodríguez. **Historia del Pensamiento Jurídico**. 3. ed. Madrid: Universidade Complutense 1977.
- PAUPÉRIO, A. Machado. **O Direito Político de Resistência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. **Filosofia do Direito e do Estado e suas Maiores Correntes** 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos 1980.
- _____. **Introdução ao Estudo do Direito**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. **Filosofia do direito**, artigo publicado no periódico **Jornal do Comércio**. Rio de Janeiro, edição de 09.03.1991.
- PEÑA, Luño. **Historia de la Filosofía del Derecho**. Barcelona: Editorial La Hormiga de Oro, S.A., 1948.
- PEREIRA, Aloysio Ferraz. **O Direito como Ciência**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- _____. **La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica**. 1. ed. Espanhola. Madrid: Editorial Civitas, S. A., 1979.

- _____. **Retóricas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- _____. **Tratado da Argumentação**. 1. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PETRI, Maria José Constantino. **Argumentação Linguística e Discurso Jurídico**. 1. ed. Selinunte, 1991.
- PICAZO, Luiz Diez. **Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho**. Reimpressão da 1. ed. Barcelona: Arie Quincenal, 1975.
- PINTO, Marília Muricy Machado. A Distinção Proposições Jurídicas/Normas de Direito da Nova Teoria Pur Separata da **Revista Brasileira de Filosofia**, v. XXVII, Fasc. 105.
- POUND, Roscoe. **As Grandes Tendências do Pensamento Jurídico**. Barcelona: Ediciones Ariel, 1950.
- RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado-Editor, Suc., 1961.
- RAWLS, John. **Justiça como Equidade**. 1. ed. brasileira. São Paulo: Martins Fontes, 2003. _____. **Uma Teoria da Justiça**. 1. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- REALE, Miguel. **Da Revolução à Democracia**. 2. ed. São Paulo: Convívio, 1977.
- _____. **Figuras da Inteligência Brasileira**. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.
- _____. **Filosofia do Direito**. 9. ed. Saraiva: São Paulo, 1982.
- _____. **Filosofia em São Paulo**. 2. ed. São Paulo: Grijalbo, 1976.
- _____. **O Homem e seus Horizontes**. 1. ed. São Paulo: Convívio, 1980.
- _____. **Lições Preliminares de Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.
- _____. **Miguel Reale na Universidade de Brasília** Coleção Itinerários. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.
- _____. **Teoria Tridimensional do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- _____. **Verdade e Conjetura**. 1. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 1983.
- RENARD, Georges. **El Derecho, el Orden y la Razón**. Buenos Aires: Ediciones Desclee de Brouwer, 1947.
- RODEE, C. C. *et alii*. **Introdução à Ciência Política**. 1. ed. Rio de Janeiro: Livraria Agir, 1977.
- ROMERO, Sílvia. **Obra filosófica**. Coleção Documentos Brasileiros. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo – Livraria José Olympio Editora, n. 139, 1969.
- ROSS, Alf. **Sobre el Derecho e la Justicia**. 3. ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Contrato Social**. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- _____. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os homens**. *Idem*.
- SABINE, George H. **História das Teorias Políticas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.
- SALDANHA, Néson. **Teoria do Direito e Crítica Histórica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A. 1987.
- _____. **Filosofia do Direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- SANTO AGOSTINHO. **As Confissões**. São Paulo: Editora das Américas S.A. – Edameris, 1964.
- _____. **A Cidade de Deus**. São Paulo: Editora das Américas S.A. – Edameris, 1964.
- SARTRE, Jean-Paul. **O Existencialismo é um Humanismo**. Os Pensadores. São Paulo, 1973.
- SAUER, Wilhelm. **Filosofia Jurídica y Social**. Barcelona-Madrid-Buenos Aires: Editorial Labor S.A., 1933.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. Da Vocação de nossa época para a Legislação e a Ciência do Direito **Thibaut y Savigny** – La Codificación. Madrid: Aguilar, 1970.

SCIACCA, Michele Federico. **História da Filosofia**. 3. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

SERRA, Truyol Y. **Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado** 4. ed. Madrid: Manuales de la Revista de Occidente, 1970.

SERRANO, Jônathas. **Filosofia do Direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia. – Editores, 1942.

SICHES, Luis Recaséns. **Introducción al Estudio del Derecho**. 1. ed. México: Editorial Porrúa S.A., 1970.

_____. **Nueva Filosofía de la Interpretación**. 2. ed. México: Editorial Porrúa, S. A., 1973.

_____. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. 2. ed. México: Editorial Porrúa, S. A., 1973.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SOUTO, Cláudio. **Introdução ao Direito como Ciência Social** 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Editora Universidade de Brasília, 1971.

SPINOZA, Baruch. **Ética I. Os Pensadores**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

_____. **Tratado Político**. *Idem*.

STAMMLER, Rudolf von. **Economía y derecho segun la Concepción Materialista de la História** Trad. da 4. ed. Madrid: Editorial Reus S.A., 1929.

_____. **Tratado de Filosofía del Derecho**. Trad. da 2. ed. México: Nacional, 1974.

STERNBERG, Theodor. **Introducción a la Ciencia del Derecho** Trad. da 2. ed. Barcelona-Buenos Aires Editorial Labor, S.A., 1930.

STEVENSON, Leslie. **Sete Teorias sobre a Natureza Humana** Rio de Janeiro: Editor Labor do Brasil S.A 1976.

STOYANOVITCH, K. **El Pensamiento Marxista y el Derecho**. Madrid: Siglo Veintiuno Editores, S.A., 1977.

STUCKA, Petr Ivanovich. **Direito e Luta de Classes – Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Acadêmica, 1988.

TELLES JR., Goffredo da Silva. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Max Limonad, s/d.

_____. **O Direito Quântico**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 1980.

_____. **O Que é a Filosofia do Direito?** obra coletiva coordenada por Eduardo C. B. Bittar. Barueri Manole, 2004.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico** 1. ed. portuguesa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da Argumentação Jurídica. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 395, 2008.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de Derecho Civil** Tradução espanhola da 15. ed. italiana. 1. ed. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.

TROPER, Michel. **A Filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VAMPRÉ, Spencer. **Memórias para a História da Academia de São Paulo** 2. ed. Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1977.

VANDEVELE, Kenneth J. **Pensando como um Advogado**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

VANNI, Icílio. **Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Pócai Weiss & Cia., 1919.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 1. ed. São Paulo: Atlas S. A., 2004.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência** Coleção Pensamento Jurídico Contemporâneo. Brasília

Ministério da Justiça, Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. 1. ed. São Paulo: Atlas, S.A., 1977.

VITA, Luís Washington. **Panorama da Filosofia no Brasil**. Porto Alegre: Globo, 1969.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito**. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. t. I.

WELZEL, Hans. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. 2. ed. Espanhola. Madrid: Aguilar, 1971.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Editor Victor Civita, 1975.

XAVIER, João Theodoro. **Theoria Transcendental do Direito**. 1. ed. São Paulo: Typografia de Jorge Seckler, 1876.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Introdução ao Estudo do Direito**. Trad. da ed. alemã de 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.